ISBN of reproduction: 978-1-77096-009-1

LA BIBLIOTHÈQUE

DU

CODE CIVIL

DE LA

PROVINCE DE QUEBEC

(CI-DEVANT BAS-CANADA)

OU RECUEIL

COMPRENANT ENTRE AUTRES MATIÈRES :

1. Le Texte du Code en Français et en Anglais.
2. Les rapports officiels de MM. les Commissaires chargés de la codification.
3. La citation au long des autorités auxquelles réfèrent ces Messieurs, à l'appui des diverses parties du Code Civil, ainsi que d'un grand nombre d'autres autorités.
4. Des tables de concordance entre le Code Civil du Bas-Canada et ceux de la France et de la Louisiane.

PAR

CHS. C. de LORIMIER, Avocat.

Montréal :

EUSÈBE SENÉCAL, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

8 et 10, RUE ST-VINCENT.

1881

LA

BIBLIOTHÈQUE DU CODE CIVIL

DE LA

PROVINCE DE QUÉBEC

(CI-DEVANT BAS-CANADA.)

CODE CIVIL DU BAS-CANADA

CIVIL CODE OF LOWER CANADA.

[ARTICLE 719.]

719. Le rapport est dû de ce qui a été employé pour l'établissement d'un des cohéritiers, ou pour le paiement de ses dettes.

719. Whatever has been laid out for the establishment of one of the coheirs, or for the payment of his debts must be returned.

Voy. autorités sur art. 712.

* *Lamoignon*, *arrêtés*, *tit.* 44, *art.* 13 *à* 17 *incl.* } XIII. Ce qui a été payé et déboursé pour les nourritures et entretenements des enfants, pensions, frais d'étude et d'apprentissage, et exercice aux armes, même pour leur rançon, du vivant des père et mère n'est sujet à rapport.

XIV. Et néanmoins si les enfants ont quelque revenu à eux appartenant, à quelque titre que ce soit, il demeurera aux père et mère jusqu'à concurrence des dépenses mentionnées en l'article précédent, si les père et mère n'en ont autrement disposé par écrit.

XV. Deniers déboursés pour les degrés de licence et autres degrés supérieurs ès arts libéraux, ou pour entrer dans l'un des corps des marchands, ou pour la maîtrise ès arts méchaniques, sont sujets à rapport.

XVI. Ce qui est donné pour le trousseau, banquet, habits, frais de noces, pour lesquels il n'y a nulle stipulation par le contrat de mariage, n'est sujet à rapport.

XVII. Les nouritures, entretenements, et pensions fournies aux petits enfants, et autres descendants en ligne directe, du vivant de leurs père et mère, et aux enfants et descendants des héritiers présomptifs en ligne collatérale, ne sont point sujets à rapport, si ce n'est que ceux qui ont fait la dépense en aient autrement ordonné, ou qu'ils soient chargés de la tutelle ou curatelle comptable de ceux pour lesquels les dépenses ont été faites, auquel cas elles entreront dans la dépense du compte.

---

* *Loyseau*, *Liv.* 4, *ch.* 6, *No.* 28 à 30 *et* 56, 57, 58. } 28. Bartole, Balde, Alexandre, Paul de Castre, et tous les anciens Docteurs disent bien que les Offices venaux sont sujets à rapport ; mais non pas les non venaux, dont ils allèguent trois raisons. L'une, que les Dignitez non-venales sont inséparables de la personne, et qu'elles regardent plus la personne que le patrimoine, ainsi qu'il est décidé en la loy, *Cùm emancipati.* § *Emancipatus*, *D. De collat. bon.* que l'action d'injures appartenant à l'émancipé, n'est conférable, *quia respicit magis personam, quàm patrimonium*, bien que le contraire soit de l'action de fur. La seconde, que ce qui n'est pas estimable à deniers, ne se doit rapporter, *arg. l. Planè.* 2. § *ult. De leg.* 3. *et l. Titius. C. de operis libert.* La troisième, que le rapport estant une espèce de permutation, suivant la loy *Filium. C. famil. ercisc.* il s'ensuit que ce qui n'est point venal, comme il ne se doit point changer, ne se doit point aussi rapporter. Et afin que je ne m'amuse pas aux Docteurs étrangers, nostre

Benedicti est de mesme opinion, sur le chapitre *Raynitius. ad verbum Duas habens. num.* 62.

29. Finalement pour plus certaine autorité de nostre Droit Français, nous avons l'Arrest prononcé en robes rouges, au profit de Monsieur Favier, Conseiller de la Cour, le 7 Septembre 1581, par lequel il fut déclaré exempt de rapporter son Office que son père luy avait résigné. D'où j'infère que si le rapport n'a lieu aux Offices de judicature, qui approchent bien plus de la venalité, que ceux dont nous parlons, il ne doit point à plus forte raison avoir lieu en ceux-cy.

30. Bien que ces raisons semblent fort pressantes, je ne les trouve pas toutefois assez fortes, pour renverser l'équité naturelle, et le sens commun, qui nous dicte l'égalité entre les enfans, et nos Coutumes, qui nous défendent d'en avantager directement ou indirectement l'un plus que l'autre, ne pouvant estre nié, que celuy auquel le père aura résigné, un Office de la Couronne, ou un beau Gouvernement, qui possible vaut mieux que tout le reste de son bien, ne soit avantagé par dessus les autres. Et de fait les Coutumes qui se sont avisées de parler du rapport des Offices, comme celle de Laon, tit. 9, art. 95, de Chalons, tit. 13, art. 101, de Rheims, art. 322, de Berry, tit. 19, art. 42, et de Sedan, art. 188, portent indistinctement, qu'il faut rapporter tous les frais faits par le père, pour faire obtenir quelque Office à son fils ; mesme ceux qui sont faits pour le faire recevoir Docteur en quelque Faculté.

56. Toutefois, si le père avait déboursé par ses mains des deniers, pour faire obtenir à son fils quelque Dignité, ou grade, qui consiste en simple honneur sans profit, ou du moins sans profit licite, qui excédast notoirement les charges, et la peine d'iceluy, tels deniers ne seraient sujets à rapport : qui est le propre cas de ce § *Sed an id quod.* Comme les deniers déboutez pour la dignité d'Echevin, ou autre telle charge de Ville, ou pour quelque degré de facultez libérales. Et ce pour deux raisons. L'une, que le fils n'est point avantagé par telles qualitez, en chose qui soit estimable en argent, et partant ne peut estre chargé d'en rapporter argent, par la raison

de la loy *Planè* 1. §. *ult. De legatis* 1. L'autre que l'honneur qui provient de ces dignitez, redonde au père, et à toute sa famille.

57. Encore les Coutumes de Laon, Châlons, Reims et Sedan, ès articles cy-dessus cottez, limitent-elles cette décision au degré de Docteur, voulans que les frais faits pour iceluy soient rapportez, soit pour ce que ces Coutumes ont mal à propos confondu les simples Docteurs avec les Docteurs Regens, dont l'Office, ou Maistrise est notoirement profitable, et partant rapportable, quant aux frais faits pour y parvenir, soit à cause qu'on faisait autrefois de grands frais pour prendre le bonnet Doctoral lesquels ne sont plus nécessaires. Néanmoins hors ces Coutumes, j'estimerais, que les frais de la Maistrise ou Doctorat ne soient non plus sujets à rapport que ceux de la Licence. Comme aussi ces Coutumes décident que les frais de la Maistrise de métier sont sujets à rapport, pour ce que les métiers sont lucratifs : bien que les frais de l'apprentissage de métier ne soient sujets à rapport, principalement par le fils, qui n'avait aucuns biens : non plus que ceux d'école, ni ceux d'institution aux armes, comme décident ces mesmes Coutumes, pour ce qu'ils concernent l'instruction, qui par droit de nature est deuë par le père aux enfans, aussi bien que l'éducation.

---

* *Lacombe, Vo. Rapport, sec.* 3, *Nos.* 9 *et* 10. } 9. Nourritures par ayeule à sa petite-fille ne sont sujettes à rapport, Ar. 10 Avril 1649. Soëf. tom. 1. cent. 3. ch. 6. Frais faits *pietatis intuitu* n'y sont sujets, *l.* 27. §. *un. l.* 34. *l.* 44. *de neg. gest. l.* 1. *cod. eod. l.* 5. §. 14. *de agn. et alend. liber. v.* Alimens, sect. 1. n. 1.

10. Livres, frais d'étude, et d'apprentissage ne sont sujets à rapport, Aux. 253. Mais *v.* Anj. 261. *v.* Légitime, sect. 2. n. 7. *Secùs*, si les frais d'étude et d'apprentissage faisaient une égalité considérable entre les enfants, le Br. des succ. liv. 3, ch. 6, sect. 3. n. 51. *v.* Berry, tit. 19. art. 42. Tours, 304. Bretagn. 597. Main. 279. Anj. 261. Reims 322. et autres.

Ni frais pour entretenir à la guerre, faits modérément et selon la qualité, Châl. 105.

Ni les frais de nôces, Reims 352. *Secùs*, des habits, bagues et joyaux, parce qu'ils font partie de la dot, Aux. 253. Mel. 277. Sens 269. Coq. sur Nivern. ch. 17. art. 10 et 11. *v. infr.* sect. 4. n. 9 et 10.

Nota, toutes ces choses s'imputent sur le revenu annuel seulement par l'ascendant tuteur, *v.* le Br. des succ. liv. 3. ch. 6. sect. 3. n. 49.

Mais frais de Maîtrise, outils et instrumens y sont sujets ; de même frais de doctorat, Reims, Verm. Châl. le Br. *loc. cit.*

Vol fait par le fils dans la maison paternelle est aussi sujet à rapport, quoique mineur, surtout si le vol est considérable, Dupless. des succ. liv. 1. ch. 3. sect. 2. la Thaumass. sur Berry, tit. 19. art. 42.

De même des nourritures et pensions, et frais de Procès civils ou criminels, fournis au fils depuis son mariage, Métier, Office ou Emploi, Dupless. *eod. v.* Légitime, sect. 9.

---

* 8 *Pothier, Succ., ch.* 4, *art.* 2, § *III.* } Il y a certaines choses données par les père et mère à leurs enfants que les coutumes exceptent de l'obligation du rapport.

On peut dire en général que c'est tout ce qui leur est donné pour leur aliment et leur éducation. Notre coutume, art. 309, s'en explique ainsi : *Les nourritures, entretènements, instructions et apprentissages d'enfants... ne se rapportent.*

Parmi les nourritures qui ne sont pas sujettes au rapport, il faut comprendre les frais des banquets de noces qu'un père fait pour le mariage de quelqu'un de ses enfants ; la plupart des coutumes les exceptent de la loi du rapport en ces termes, *frais de noces et banquets*, ce qui fait un droit commun.

Au contraire, la plupart des coutumes assujettissent au rapport *les habits nuptiaux et trousseau.*

Les frais d'un équipage pour envoyer un enfant au service, font partie de l'entretènement, et ne sont point sujets au rap-

port, non plus que la dépense faite pour l'y entretenir. Plusieurs coutumes en ont aussi des dispositions.

Les frais d'instruction ne sont point aussi sujets au rapport. Parmi ces frais sont compris les pensions des enfants qu'on envoie au collége ou dans les universités pour étudier les facultés supérieures, les pensions de ceux qu'on envoie dans les académies pour apprendre à monter à cheval, les honoraires qu'on paie pour eux aux différents maîtres, les livres qui les instruisent dans les différents arts et sciences dans lesquels on les fait instruire ; plusieurs coutumes en ont des dispositions particulières ; ce qu'il faut entendre, néanmoins, pourvu qu'ils ne soient pas en trop grande quantité, car il n'est pas douteux que si un père donnait à son fils une bibliothèque considérable elle ne fût sujette à rapport.

Il y a une coutume qui veut même que les livres indistinctement soient sujets à rapport, lorsqu'ils sont encore en nature, lors de l'ouverture de la succession, mais elle est en cela singulière, et doit être restreinte à son territoire.

Les frais d'apprentissage ne sont point non plus sujets à rapport ; plusieurs coutumes en exemptent aussi les frais des degrés jusqu'à la licence inclusivement, et elles sont un droit commun.

Au contraire, les coutumes y assujettissent les frais du doctorat, et les frais de maîtrise dans les arts mécaniques ; car ces frais se font pour l'établissement de l'enfant plutôt que pour son instruction.

Par la même raison, ce qu'un père fournirait pour acheter une compagnie, doit être sujet à rapport.

Toutes ces choses que nous avons dit n'être point sujettes à rapport, ne le sont point, lorsqu'elles ont été fournies du vivant du défunt ; mais le legs que le défunt aurait fait de ces choses à l'un de ses enfants, par exemple, s'il lui avait légué une pension alimentaire, s'il lui avait légué la somme qui lui serait nécessaire pour apprendre un métier, pour se mettre en apprentissage, pour le service, pour prendre des degrés, etc., l n'est pas douteux que ces legs seraient sujets à rapport.

[ARTICLE 719.]

Même s'il avait donné, par acte entre-vifs, une pension alimentaire à l'un de ses enfants, elle ne serait exempte du rapport que pour le temps qui en aurait couru du vivant du père.

On demande si un père qui aurait fait beaucoup de dépenses pour l'éducation de l'un de ses enfants, pourrait léguer à son autre enfant pour qui il n'a fait aucune dépense, une somme pour l'en dédommager? La coutume de Laon le permet; mais je crois qu'elle doit être restreinte à son territoire.

On n'est point obligé au rapport des fruits; la raison est évidente : l'enfant ne doit le rapport que de ce qui lui a été donné. Or, on ne lui a donné que l'héritage; quoique ce soit, en conséquence de la donation qui lui a été faite de l'héritage qu'il en ait perçu les fruits, il est néanmoins vrai de dire que ce ne sont pas les fruits qui lui ont été donnés, et qu'on ne lui a pas donné autre chose que l'héritage; il ne doit donc que le rapport de l'héritage.

Mais comme il doit le rapport de l'héritage, dès le jour de l'ouverture de la succession, il doit tenir compte de tous les fruits qui se recueilleront depuis l'ouverture de la succession.

Que si le rapport dont il est débiteur est d'une somme d'argent, soit parce que c'est une somme d'argent qu'on lui a donnée, soit parce qu'on lui a donné des choses qui ne se rapportent pas en nature, mais dont on rapporte l'estimation, il doit les intérêts de la somme sujette à rapport du jour de l'ouverture de la succession, sur le pied du denier 20.

Telle est la disposition de la coutume de Paris, qui fait, en ce point, le droit commun, duquel, néanmoins, notre coutume s'est écartée, en ordonnant que les fruits des héritages sujets à rapport et les intérêts des sommes sujettes à rapport qu'elle fixe aussi au denier 20, ne courraient que du jour de la *provocation à partage.*

La première démarche qui tend au partage, par exemple, la demande aux fins qu'il soit procédé à l'inventaire, ou l'inventaire commencé sans demande, passe pour *provocation à partage.* L'usage a ainsi interprété notre coutume pour la rapprocher du droit commun.

[ARTICLE 719.]

Quoique le tuteur d'un mineur ne puisse pas provoquer à partage définitif, néanmoins, la demande qu'il fait pour son mineur contre les cohéritiers de son mineur, pour qu'il soit procédé à l'inventaire, tient lieu de provocation à partage, et oblige les cohéritiers de son mineur de ce jour, au rapport des fruits des héritages et des intérêts des sommes sujettes à rapport.

S'il avait tardé à faire cette interpellation, il en serait responsable envers son mineur ; et si le mineur n'avait point de tuteur, la famille serait responsable de n'en avoir point fait élire un qui eût fait cette interpellation.

Lebrun (liv. 3, ch. 6, sect. 3, No. 59) prétend que l'enfant doit rapporter non-seulement les fruits des héritages et les intérêts des sommes qui lui ont été donnés, mais qu'il doit même les intérêts de ces fruits et de ces intérêts du jour qu'il a été en demeure d'en faire raison ; il allègue des lois qui n'ont aucune application à cette question ; cette décision de Lebrun me paraît contraire aux principes de droit. Ces fruits, ces intérêts ne sont pas dus *principaliter et per se ;* car le rapport n'est dû que de ce qui a été donné, et il n'y a que l'héritage qui a été donné, il n'y a que la somme qui ait été donnée ; il n'y a donc que l'héritage ou la somme qui puissent être l'objet principal de la créance du rapport, qui puissent être dus *principaliter ;* les fruits, les intérêts, ne peuvent être dus que comme des accessoires, et, par conséquent, il n'en peut être dû d'intérêt ; car c'est un principe de droit qu'*accessio accessionis non est.*

---

* 2 *Maleville, sur art.* 851 *C. N.* } Par frais d'établissement, on n'entend pas ici ce qui est donné en mariage, qui est réglé par d'autres articles de cette section, et spécialement quant à la dot, par le 1573e ; mais ce qui est nécessaire pour exercer une profession ou un commerce. On disait autrefois, frais de maîtrise, outils et instruments, et même frais de doctorat. Lebrun, *loc. cit.* Je ne crois pas que ce dernier article

fût aujourd'hui sujet à rapport ; il n'est pas assez considérable pour les fortunes ordinaires.

Le paiement des dettes donna lieu à une discussion intéressante. On demanda si un fils sera obligé de rapporter les dettes que son père aura payées pour lui pendant ses études, et qui excédaient la somme qu'il lui donnait annuellement à dépenser, quoique le père n'eût pris de lui aucune quittance, et que le fait ne fût connu que par les mémoires trouvés dans les papiers de la succession.

On répondit que cela dépendait des circonstances, et surtout de l'importance de la somme, relativement à la succession.

On insista ; et l'on dit que l'enfant ne pouvait être tenu à rapporter que le paiement des dettes pour lesquelles il aurait pu être valablement poursuivi en justice par son créancier ; qu'il serait déraisonnable que le père pût rendre obligatoire pour l'enfant, relativement à la succession, une dette qui ne l'était pas pour le même individu, relativement à son créancier originaire ; qu'en disposer autrement, ce serait exposer l'enfant à se ruiner pendant sa minorité, malgré toutes les précautions que les lois prennent d'ailleurs pour lui conserver sa fortune ; que le père avait des moyens pour arrêter l'inconduite de son enfant ; qu'il fallait le punir et non pas le ruiner.

Pour l'opinion contraire, on dit que lorsque l'enfant est arrivé à un certain âge, qu'il entre au service ou prend un état, il est difficile au père de le surveiller, et que ses autres enfans ne doivent pas souffrir de son inconduite ; que ne pas lui faire supporter ses folles dépenses, ce serait l'inviter à en faire, et qu'il fallait le contenir par la perspective du rapport ; que le père jugera de la nécessité des dépenses, et que la crainte de ruiner son fils l'empêchera de payer légèrement ; qu'au surplus l'article était conforme aux principes reçus, et il fut en effet adopté.

Il faut observer que la question ne roulait que sur les dettes contractées par l'enfant mineur : quant au majeur on ne doutait pas de l'obligation du rapport.

Il faut observer encore que l'on convenait que le rapport ne devait jamais s'étendre aux dettes contractées pour alimens.

Au surplus, il ne faut pas oublier la première réponse qui fut faite à la question, c'est que cela dépend beaucoup des circonstances.

Les vols faits par le fils, dans la maison paternelle, sont aussi sujets à rapport, s'ils sont considérables. *Duplessis, successions*, liv. 1, chap. 3, sect. 2.

---

* 7 *Pand. frs., sur art.* 851 *C. N.* } 457. Cet article conforme aux règles du Droit, qui ne fait que confirmer une jurisprudence aussi ancienne que constante, et rappeler une maxime reçue de tout temps, a cependant éprouvé beaucoup de difficulté, et donné lieu à une longue discussion au conseil.

On a dit d'abord, que quand la somme donnée pour l'établissement était consignée dans un acte, ou qu'il existait des quittances, il y avait lieu au rapport, en vertu des articles précédens ; qu'en conséquence, celui-ci ne devait s'appliquer qu'au cas où le père n'avait pas jugé à propos de prendre des titres que l'on pût opposer un jour au fils.

Le Conseiller d'Etat Treilhard a répondu que lorsque la donation n'est pas prouvée, elle est réputée ne pas exister, ce qui est incontestable quand il n'en reste aucune trace ; mais cette réponse ne résout point la difficulté.

Il est certain que cet article est pour le cas dans lequel il ne se trouve pas d'acte de donation, et où l'on pourrait douter si la dépense faite par le père, quoique constante, doit être rangée dans la classe de celles qui sont une suite des devoirs naturels, ou considérée comme un avancement sujet à rapport.

Par exemple, le père après avoir fait étudier son fils, lui achète une pratique de procureur ou d'avoué, et rembourse au vendeur son cautionnement. Il n'y a point d'acte de donation. Il ne s'en passe même aucun. Y aura-t-il lieu au rapport de la part du fils ? Ce cas n'est pas compris dans les articles précédens. Il est réglé par celui-ci. Il y aura lieu au rapport

suivant la règle qu'il établit, parce que la somme déboursée par le père, l'a été pour l'établissement de son fils : pour lui procurer un état.

De même, dans une autre circonstance, la patente que le père paie pour mettre son fils dans le commerce, le prix des marchandises qu'il achète pour garnir sa boutique, sont rapportables, parce que ce sont des dépenses d'établissement.

On a douté autrefois s'il y avait lieu au rapport des frais de doctorat que le père avait faits pour son fils. Plusieurs auteurs très-recommandables tenaient la négative. D'autres également respectables, soutenaient l'affirmative. Ce dernier avis avait été adopté par notre ancienne jurisprudence. Le principe est maintenu par notre article, parce que le doctorat constitue l'état. C'est par le doctorat que l'on devient médecin ou chirurgien. C'est par le doctorat qu'on acquiert la faculté de professer le Droit. Les frais de ce grade sont donc une dépense d'établissement qui, suivant la première disposition de cet article, est sujète à rapport.

458. C'est surtout la seconde partie de cet article, relative aux sommes avancées pour le paiement des dettes du fils qui a fait la plus grande difficulté.

On a demandé d'abord si un fils serait obligé de rapporter, lorsqu'ayant dépensé pendant ses études au-delà de la somme allouée par le père, celui-ci aurait payé l'excédant sans prendre aucune quittance, et que la preuve ne résulterait que des papiers domestiques du père ?

Le conseiller d'Etat Treilhard a répondu, d'une manière très-satisfaisante, que l'on se déciderait en ce cas par les circonstances ; que les tribunaux ne condamneraient pas le fils à rapporter quelques sommes modiques que son père aurait payées pour lui ; mais qu'il n'en serait pas de même si ces sommes formaient une partie considérable du patrimoine du père.

Cela est sans difficulté. En général il faut tenir pour règle qu'il n'y a pas lieu au rapport de tout ce qui est dépense d'entretien, et entre en conséquence dans les devoirs que la nature

impose au père envers tous ses enfans, *quod pietate debitá impenditur*, mais que tout ce qui sort de ces bornes, et peut nuire aux autres enfans, en blessant l'égalité, doit être rapporté.

Plusieurs coutumes avaient à cet égard des dispositions très-sages, et qui peuvent encore être considérées comme principes généraux de Droit.

459. La question qui a été débattue avec le plus de force et d'étendue est celle de savoir s'il devait y avoir lieu au rapport des sommes que le père aurait avancées pour le paiement des dettes de son fils mineur. On a soutenu que le rapport ne devait être admis que quand le fils mineur est établi. Un autre a prétendu que la règle ne devait s'appliquer qu'aux majeurs. On a supposé le cas où un enfant mineur aurait fait une perte considérable au jeu, ou des emprunts à des usuriers ; et l'on a dit que, dans ce cas, le paiement fait par le père ruinerait cet enfant, si on l'assujétissait au rapport.

Il a été répondu que le principe consacré par l'article avait toujours été admis, et n'avait jamais occasionné de grands inconvénients. Enfin l'article a été admis.

On a ainsi coupé le nœud sans le dénouer. La difficulté subsistera toujours dans la pratique, et l'on doutera du cas où il faudra appliquer cet article.

On doit s'en tenir à la distinction judicieuse faite par M. de Saint-Jean d'Angely.

La question ne peut pas se présenter à l'égard d'un mineur impubère. Il est impossible ni qu'il perde beaucoup au jeu, ni qu'il emprunte des sommes considérables. Elle ne concernera donc qu'un mineur qui approche de la majorité. S'il a un état, il est émancipé. Il peut disposer de ses meubles, et s'obliger pour des sommes mobilières. En conséquence il n'y a nulle difficulté. Le père a véritablement payé sa dette. Donc il y a lieu au rapport.

S'il n'a point d'état ; s'il n'est point émancipé ; s'il est encore en puissance paternelle ; il arrivera bien rarement que le père se porte à acquitter des engagements nuls, et que son fils lui-même n'est pas civilement obligé de remplir. Si par

extraordinaire le père remplissait pour son fils de pareilles obligations, point de doute que le rapport ne dût être fait. Le fils serait, sans contredit, la victime de la faiblesse de son père, mais il ne pourrait point opposer à ses frères et sœurs la nullité de ses engagemens.

460. On demande si la fille mariée sera obligée au rapport des sommes prêtées par son père à son mari ?

Il semble d'abord que l'on doive répondre sur le champ négativement, d'après l'article qui déclare non rapportables les donations faites à l'époux non successible.

Mais il faut prendre garde qu'il ne s'agit point ici de donation. Le père n'a ni donné ni entendu donner. Il a prêté à son gendre. La question ne doit plus se résoudre par les mêmes principes.

Il faut examiner si la fille s'est, ou non, obligée avec son mari. Si elle s'est obligée, point de difficulté. Elle doit, non pas précisément rapporter, mais payer, car elle est débitrice. On doit donc comprendre sa dette au montant de la succession, ce qui fait une sorte de rapport, et lui en imputer le montant sur sa part.

Si elle ne s'est point obligée, il faut prendre garde si elle a accepté, ou répudié la communauté qui a été entre elle et son mari. Dans le premier cas, elle est devenue débitrice, par son acceptation, de la moitié de la dette ; et il faut opérer de la même manière à raison de cette moitié.

Dans le second cas, c'est-à-dire si elle a renoncé, il est clair qu'elle ne doit rien ; et que par conséquent elle n'a rien à imputer.

Ces décisions s'appliquent à ses enfants qui, en cas de prédécès de leur mère, viennent à la succession de son père leur aïeul.

Quid, si lors de l'ouverture de la succession la communauté qui subsiste entre la fille et son mari qui a emprunté, n'est pas dissoute ?

La réponse ne peut pas être incertaine. Il ne peut y avoir lieu à aucun rapport de la part de la fille. Si par la suite elle

accepte la communauté, ses cohéritiers, comme tout autre créancier, pourront poursuivre contre elle le remboursement de la moitié de la dette, dont elle sera devenue débitrice par son acceptation.

461. Nous avons remarqué dans le procès-verbal des discussions auxquelles cet article a donné lieu, que S. A. S. M. l'archichancelier de l'Empire, alors second consul, a dit qu'il aurait plus d'effet dans la ligne directe, où la loi établit une réserve, que *dans la ligne* COLLATÉRALE, où la faculté de disposer reçoit une plus grande latitude.

Suit-il de là que, contre notre décision, le Code civil admette le rapport en collatérale ?

Il est indubitable que non. Le rapport n'avait pas lieu autrefois en collatérale, du moins suivant le droit commun. Il n'y était admis que par quelques coutumes particulières qui étaient, en cela, exorbitantes de la règle générale. Il aurait donc fallu une disposition expresse du Code civil pour changer l'ancien principe ; et cette disposition ne s'y trouve point. Bien loin de là, on voit que l'on a supprimé l'article du premier projet qui établissait le rapport en toutes successions. Donc on a la preuve certaine que les auteurs de la loi nouvelle ont rejeté ce système.

Si M. l'archichancelier a parlé sur notre article de la ligne collatérale, c'est qu'il y est moins question d'un véritable rapport que de l'acquittement d'une dette. Le paiement fait par un tiers pour un autre est un prêt qu'il lui fait. Or, en collatérale comme en directe, le cohéritier est obligé de tenir compte à la succession des sommes dont il est débiteur envers le défunt.

On ne peut donc tirer de ce qui a été dit par M. l'archichancelier sur cet article, aucun argument pour le rapport proprement dit en collatérale.

---

* 4 *Conf. du Code par un jurisconsulte, sur art.* 850, 851 *C. N., p.* 88 *à* 92. } Le C. *Regnaud* (de Saint-Jean-d'Angely) dit que si la somme donnée pour l'établissement est consignée

dans un acte, et s'il existe des quittances des dettes, il y a lieu à rapport, d'après les règles générales précédemment adoptées : l'article est donc pour le cas où le père n'a pas jugé à propos de prendre des titres qu'on pût un jour opposer à son fils ; et alors il est évident que le père a voulu donner sans aucune condition de rapport

Le C. *Treilhard* répond que lorsque la donation n'est pas prouvée, elle est réputée ne pas exister.

D'ailleurs cet article ne doit pas être séparé de l'article CXL (852), qui empêche qu'on ne consume la portion de l'enfant par des imputations qui ne doivent pas lui être précomptéés ; mais il ne serait pas juste que le fils fût dispensé de rapporter les sommes qu'il a reçues de son père, soit en dot, soit pour former un établissement, soit pour payer ses dettes.

Le C. *Regnaud* (de Saint-Jean-d'Angely) demande si un fils sera obligé de rapporter, lorsqu'ayant dépensé pendant ses études, au-delà de la somme que son père lui avait allouée, celui-ci aura payé l'excédent, sans prendre de lui aucune quittance, et que le fait ne sera connu que par les mémoires trouvés parmi les papiers de la successton.

Le C. *Treilhard* répond qu'on se déciderait, en ce cas, par les circonstances. Les tribunaux ne condamneraient pas le fils à rapporter quelques sommes modiques que son père aurait payées pour lui ; mais il n'en serait pas de même, si ces sommes formaient une partie considérable du patrimoine du père.

Le consul *Cambacérès* pense que l'article, juste en soi, doit cependant être limité au cas où il ne résulte pas des circonstances, que le défunt a voulu affranchir l'héritier du rapport. Au reste, cet article aura plus d'effet dans la ligne directe, où la loi établira une réserve, que dans la ligne collatérale, où la faculté de disposer recevra une plus grande latitude ; peut-être même ne devrait-il en avoir aucun dans cette dernière ligne.

Le C. *Tronchet* dit qu'en effet, puisque le défunt a pu dispenser du rapport, son intention devient la seule règle qu'on

puisse suivre : la loi ne peut la suppléer, quand elle n'est pas manifestée.

Le C. *Maleville* dit que jamais on n'a précompté à un héritier ce qu'il avait reçu du défunt, à raison de son service militaire, ou pour frais d'étude et d'apprentissage, à moins que ces avances ne fussent exorbitantes relativement à la valeur de la succession.

Le consul *Cambacérès* dit qu'il parait nécessaire de s'en expliquer dans l'article.

Cet amendement est adopté.

Le C. *Regnaud* (de Saint-Jean-d'Angely) insiste sur la proposition qu'il a faite, de ne pas assujettir au rapport les sommes que le père a dépensées pour payer les dettes contractées par son fils mineur.

Le rapport ne paraît juste que quand le fils est établi.

Le C. *Berlier* pense que cet article comporte une distinction nécessaire. Point de doute que le rapport ne soit dû, à l'égard des dettes contractées par un individu majeur, et qui ont été acquittées par le défunt, à la succession duquel il vient avec d'autres héritiers. Mais doit-il en être ainsi des dettes faites en minorité ? Supposons un enfant, ou un jeune homme de seize ans à dix-huit ans, qui perde une forte somme au jeu, ou qui trouve chez des usuriers de l'argent pour satisfaire à quelques autres fantaisies de jeunesse : son père veut bien payer (cette conduite, sans doute, est louable) ; mais si le rapport est de droit rigoureux, qu'en résultera-t-il ? Que, malgré toutes les précautions que les lois ont prises pour qu'un mineur ne pût contracter, ni s'obliger valablement, celui-ci aura pu, en un jour et à l'avance, dissiper toute sa fortune, uniquement parce qu'il aura plu à son père de payer une dette illégale.

C'est, dira-t-on, la faute de l'enfant ; il est plus juste de la lui faire supporter qu'à tous autres.

Le C. Berlier ne se dissimule pas que cette réflexion a pour elle toutes les apparences de la justice ; cependant elle est loin de résoudre les inconvénients qu'il a exposés. D'ailleurs il ne faut pas voir ici le seul fait de l'enfant ; celui du père y

entre aussi sous plus d'un rapport. D'abord n'aura-t-il pas quelquefois des reproches à se faire ? Les fautes que commet un enfant d'un âge aussi tendre, sont souvent le produit de la négligence des pères ; en second lieu, n'a-t-il pas lui-même changé la condition légale de son fils ?

Il y a même cela de remarquable, que si le père a pu rendre obligatoire vis-à-vis de lui et des siens la dette qui ne l'était pas vis-à-vis du créancier originaire, les cohéritiers devraient bien avoir la faculté, dans le cas où la dette excéderait la part héréditaire, d'actionner en paiement de l'excédent ; ce qui n'est pas proposable.

Si l'on objecte que hors de là l'enfant restera sans frein, on peut répondre qu'outre la surveillance qui prévient les fautes, le père aura le droit de provoquer sa reclusion ; en pareil cas il y a lieu de punir l'enfant, mais non de le ruiner.

Le C. Berlier estime donc que pour ne pas mettre ce point de législation en désaccord avec tous les principes qui veillent pour la fortune du mineur, il conviendrait, même pour la tranquilité des familles, de jeter un voile officieux sur les dettes de l'espèce qu'on vient d'examiner, et de circonscrire l'action en rapport aux seules dettes *pour le paiement desquelles le cohéritier aurait pu être valablement poursuivi en justice* par le créancier remboursé.

Le C. *Treilhard* dit que le mineur, arrivé à un certain âge, échappe en grande partie à la surveillance de son père. S'il entre au service, s'il prend un état, il acquiert une espèce d'indépendance qui ne doit pas être funeste à ses frères ; l'indulgence qu'il mérite ne doit pas aller jusqu'à lui permettre de les ruiner.

Le père doit à son fils l'éducation, l'entretien, un état ; rien de tout cela ne sera rapporté : mais il n'est pas obligé de sacrifier une portion considérable de son patrimoine pour réparer les écarts du premier âge.

Au surplus, le principe consacré par l'article subsiste depuis longtemps, et jamais il n'a produit d'inconvénients.

Le C. *Tronchet* ajoute que la disposition proposée serait im-

morale ; elle inviterait le fils à dépenser : il importe au contraire de le contenir par l'obligation du rapport.

Le C. *Berlier* dit que, dans ce système, un jeune homme de seize ans peut se ruiner en un moment ; cette peine est trop sévère. La loi met dans les mains du père un autre moyen de répression, moins funeste dans ses conséquences, sans être moins moral.

Le C. *Bigot-Préameneu* dit que l'article défère au père le droit qui, dans ce système, appartiendrait aux tribunaux ; le père devient juge de la nécessité des dépenses ; et certes, la crainte de ruiner son fils l'empêchera de les payer légèrement.

Le consul *Cambacérès* dit que l'article ne fait que rappeler un principe reçu. Quelques inconvénients dans l'application, ne doivent pas l'emporter sur l'intérêt de ne pas ruiner une famille entière par les prodigalités d'un jeune homme.

Il restera cependant à examiner si la disposition doit être tellement absolue, qu'elle aille jusqu'à faire refuser des aliments au fils.

L'article est adopté.

L'art. CXI (852) est adopté en y renvoyant l'amendement proposé par le consul *Cambacérès*, et admis peudant la discussion de l'article précédent.

---

* *C. N.* 851.—Semblable au texte.

---

720. Les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et les présents d'usage, ne sont pas sujets à rapport.

720. The expenses of nourishment, maintenance, education and apprenticeship, the ordinary expenses of equipment, of weddings, and customary presents, are not subject to be returned.

[ARTICLE 720.]

* *ff. de collat.*, *L.* 1, § 15 *et* 16. } § 15. Nec castrense, nec quasi castrense peculium fratribus confertur : hoc enim præcipuum esse oportere, multis constitutionibus continetur.

§ 16. Sed an id, quod dignitatis nomine à patre datum est, vel debetur, conferre quis in commune cogatur, videamus ? Et ait Papinianus libro tertiodecimo quæstionum non esse cogendum : hoc enim propter onera dignitatis præcipuum haberi oportere. Sed si adhuc debeatur, hoc sic interpretandum est, ut non solus oneretur is qui dignitatem meruit : sed commune sit omnium heredum onus hoc debitum. (Ulpianus).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } § 15. L'émancipé ne rapporte pas à ses frères son pécule castrense ou quasi-castrense, plusieurs ordonnances portant que ces pécules seront propres à chaque enfant.

§ 16. Mais l'émancipé serait-il obligé de rapporter à la masse ce que son père a donné ou doit pour l'avoir élevé à une dignité ? Papinien décide, au livre treize des questions, qu'il ne doit pas le rapporter, et qu'il le garde comme le prix des soins que sa dignité lui a donnés. Si la somme était encore due, on doit arranger les choses de façon que cette dette soit à la charge de tous les héritiers, et non pas seulement de celui qui a rempli la dignité. (Ulpien).

---

* *ff. de fam. ercisc.*, *l.* 20, § 6 *et l.* 50. } § 6. Idem scribit, et si filius in muneribus publicis, in quibus pater ei consentit, reliquatus est, et pro parte heres scriptus est, hoc quoque debere præcipere ; quia et hoc patris æs alienum fuit. Sed si qua munera post mortem patris suscepit, ab his heredes patris soluti sunt. (Ulpianus).

L. 50. Quæ pater filio emancipato studiorum causa peregrè agenti subministravit, si non credenti animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus, in rationem portionis quæ ex defuncti bonis ad eumdem filium pertinuit, computari æquitas non patitur. (Idem.)

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } § 6. Le même écrit que si le fils se trouve devoir quelque chose à l'occasion des dépenses qu'il a faites dans une charge publique qu'il a exercée du consentement de son père, et qu'il ait été institué héritier en partie, il a droit de prélever la somme dont il se trouve redevable ; parce que c'était son père lui-même qui en était débiteur. Mais s'il est entré dans quelqu'une de ces charges après la mort de son père, ses cohéritiers ne sont pas obligés de payer ce qu'il devra à cette occasion. (ULPIEN).

L. 50. L'équité ne permet pas qu'on impute sur la portion pour laquelle un fils émancipé est institué par son père, l'argent qu'il en a reçu pour ses études qu'il faisait dans un endroit éloigné de la maison paternelle, pourvu qu'il soit certain que le père lui avait donné cet argent non dans l'intention de lui en faire un prêt, mais par des raisons de la juste inclination qu'il avait pour l'avancement de son fils. (IDEM).

Voy. autorités sur art. 719.

---

* *C. N.* 852. } Les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et présens d'usage, ne doivent pas être rapportées.

---

721. Il en est de même des profits que l'héritier a pu retirer de conventions faites avec le défunt, si elles ne présentent aucun avantage indirect, lorsqu'elles sont faites.	721. The same rule applies to the profits which the heir may have derived from agreements made with the deceased, if at the time at which they are made they do not confer an indirect advantage.

[ARTICLE 721.]

* *Cod. de Cont. emp.*, *LL.* 3, 9. } *L.* 3. Si donationis causa venditionis simulatus contractus est : emptio in sui deficit substantia. Sanè si in possessionem rei, sub specie venditionis, causa donationis, ut te aleret, induxisti : sicut perfecta donatio facilè rescindi non potest, ita legi quam tuis rebus donans dixisti, parere convenit.

L. 9. Empti fides, ac venditi sine quantitate nulla est. Placito autem pretio non numerato, sed solùm tradita possessione, istiusmodi contractus non habetur irritus : nec idcirco is qui comparavit, minùs rectè possidet, quod soluta summa quam dari convenerat, negatur. Sed et si donationis gratia prædii factam venditionem, traditio sequatur : actione pretii nulla competente, perficitur donatio.

Ibidem. Trad. de P. A. Tissot. } *L.* 3. Si on a couvert une donation par une vente simulée, cette vente ne peut avoir aucun effet. Si vous avez livré la possession de votre fonds à quelqu'un afin qu'il vous fournît des alimens a titre de donation, mais cependant couvert par l'image d'une vente ; comme on ne peut facilement rescinder une donation parfaite, il convient que vous vous soumettiez aux conditions que vous vous êtes imposées à vous-même en donnant votre bien.

L. 9. Il n'existe point d'achat ni de vente sans prix. Le contrat n'est point considéré comme nul, quoique le prix n'ait point été compté, si l'acheteur a été mis en possession ; l'acheteur n'en possède pas moins bien, quoiqu'il refuse de payer le prix qu'il était convenu de donner. Si la tradition suit la vente d'un champ faite pour cause de donation, n'existant aucune action pour le prix, la donation est parfaite.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 719.

---

* 1 *Chopin, sur Cout. d'Anjou, Liv.* 3, *Tit.* 4, *ch.* 1, *No.* 5. } Il arrive souvent qu'il se forme une association entre deux frères ou autres parens proches, de tous biens déjà com-

muns provenus de leurs pères, sous cette condition, que le tout appartiendra au survivant. Je demande si cette paction est comprise sous la loy prohibitive de donations, il me semble ainsi d'abord, comme une société faite en intention de donner, n'étant pas valable principalement entre parens proches, comme j'ay monstré au livre 2, titre 3, art. 5 sur la Coutume de Paris. Mais on appellera cela plutost une convention et dépendance de société qu'une libéralité pure et simple interdite par le droit d'Anjou *l.* 3 § *de illo ff. pro soc* Et par le jugement de Masuer en sa pratique, tit. *drs associations*, avec autres autheurs de meilleure marque cités au liv. de la Cout. de Paris. Telle convention de communauté est appuyée sur l'événement douteux des choses qui est réciproque, *l.* 1, *l. cum proponas C. de pact.* Mesme telles associations de biens, avec feuture succession ès biens du prémourant sont admises par l'usage de France. Au livre 20 des arrests recueillis par Papon, tit. 2.

---

* 2 *Maleville, sur art.* 853, *C. N.* } Si, par exemple, le père avait vendu, à vil prix, un immeuble à l'un de ses enfans, cela serait présumé un avantage indirect, par argument de la loi 38, *ff. de contrah. empt.*

Si la donation avait été ainsi colorée sous le titre de vente, sans qu'il en résultât aucune fraude réelle à la loi, et dans un cas où le vendeur pouvait librement disposer de la chose aliénée ; si, par exemple, un collatéral avait ainsi fait quelqu'aliénation en faveur de quelqu'un de ses héritiers naturels, l'avantage qu'il en résulterait pour le successible, serait bien sans doute sujet à rapport d'après notre article ; mais l'acte lui-même devrait-il être annullé comme frauduleux ? La Cour de cassation a plusieurs fois jugé le contraire, et notamment dans l'espèce suivante.

Le 4 mars 1793, c'est-à-dire, dans un tems où les individus sans enfans et sans ascendans en pays de Droit écrit, pouvaient librement disposer de leurs biens. François Henri vend à

quelques-uns de ses neveux plusieurs immeubles : d'autres neveux attaquent cette vente en l'an 8, comme n'étant qu'une donation déguisée ; ils se fondent sur la vilité du prix, des réserves de jouissances faites par le vendeur, et d'autres circonstances. Le tribunal de Vesoul déclare en effet la vente nulle, et son jugement est confirmé par celui du tribunal d'appel de Besançon, du 28 frimaire an 9. Pourvoi en Cassation de la part des acquéreurs. Partage en la section civile ; enfin, arrêt du 6 pluviôse an 11, qui, vidant le partage, casse le jugement de Besançon, par violation des lois 36 et 38, au *ff.*, 3 et 9 au Code, *de contrahenda empt.*, et par le motif principal, que François Henri ayant, à l'époque de la vente, la libre disposition de ses biens, sans réserve pour aucun collatéral, l'acte était valide, quelque nom qu'on lui donnât, et qu'il ne pouvait y avoir de fraude à aucune loi alors existante.

Tel est aussi le sentiment de Faber, sous le titre *plus valere quod agitur*, déf. 5, et de Dumoulin, tom. 1, page 443, No. 29. Voyez cependant l'art. 918, et les observations y faites.

---

* 7 *Pand. frs.*, *sur arts.* 853-4 *C. N.* } 464. M. Pothier observe que toutes ces choses ne sont exceptées de la Loi du rapport, qu'autant qu'elles ont été fournies par le père, de son vivant ; mais que le legs que le défunt en aurait fait à l'un de ses enfans, serait sujet à rapport.

Cette décision ne peut pas éprouver de difficulté, parce qu'elle est conforme aux vrais principes.

Au moment du décès, la propriété des biens du défunt passe à ses héritiers qui en sont saisis, chacun pour la part qu'il a dans la succession. Chacun d'eux est obligé de se procurer sur cette part tout ce que le père vivant devait lui donner. Le légataire doit donc rapporter, s'il n'en a point été dispensé.

465. Sur l'article 853, la cour souveraine de Rouen a observé que suivant la jurisprudence de plusieurs parlemens, les ventes faites par un père à son fils n'étaient valides, qu'autant qu'il

était présumable que le fils avait par lui-même des moyens suffisans pour faire l'acquisition, et qu'il apparaissait que les deniers de la vente avaient été employés au profit du père ; que sans ces deux conditions, l'acte était réputé frauduleux, et comme tel anéanti. Cette cour a demandé le rétablissement de ces principes, si on persistait à autoriser les actes à titres onéreux entre le père et les enfans.

Mais elle a manifesté l'opinion de prohiber tous ces actes, et de frapper les père et les enfans d'une incapacité absolue de traiter ensemble à titre onéreux.

En effet, a-t-elle dit, l'expérience a prouvé que ces précautions étaient insuffisantes pour empêcher les avantages indirects qui se faisaient sous couleur de vente. Il serait à désirer que ces inconvénients fussent extirpés jusques dans leur source, et l'on ne devrait faire grâce qu'aux associations légitimes, et aux abandons faits par un vieillard sous la charge de fournir à ses besoins.

Nonobstant ces observations, l'article a été maintenu.

On ne voit pas en effet sur quel fondement on aurait interdit les actes ordinaires du commerce entre le père et les enfans. Suivant les Lois Romaines, il ne pouvait intervenir entre eux aucune convention : mais d'un côté, c'est parce qu'ils étaient considérés comme une seule et même personne, en vertu de la puissance paternelle ; et parce que, d'un autre côté, en vertu de la même puissance, les enfans étaient regardés comme la chose du père, comme une partie de son patrimoine.

Dès qu'il y avait émancipation, le fils devenant étranger à la famille du père, formait aussi une personne distincte, et acquérant tous les droits de citoyen, il pouvait, comme tous les autres, traiter, transiger et stipuler avec son père.

Chez nous qui n'avons point admis les principes plus que rigoureux de la puissance paternelle romaine, le père et le fils sont deux citoyens, jouissant l'un et l'autre de tous les avantages, de toutes les facultés qui résultent des droits civils Ils ont en conséquence la faculté, la capacité de faire entre

eux toutes les conventions, toutes les stipulations, tous les traités qui peuvent intervenir entre les autres citoyens.

Mais, dira-t-on, il peut en résulter des fraudes.

Il serait injuste, pour éviter quelques inconvéniens particuliers, de frapper les pères et les enfans d'une incapacité qui peut jeter un grand embarras dans les affaires des familles.

D'ailleurs, la Loi ne légitime pas les fraudes. Elle déclare au contraire ne maintenir ces actes qu'autant qu'ils ne présentent aucun avantage indirect. C'est donc aux autres enfans à établir la fraude, et alors l'acte sera annulé.

Il est sûr que si on voit un acte de vente entre un père et un enfant mineur qui ne possède rien, ou même un majeur sans état, sans biens, n'ayant ni l'un ni l'autre la possibilité d'en fournir les deniers, cet acte ne pourra être regardé que comme une donation déguisée.

Mais un acte de vente intervenu entre un père et un fils établi, ayant un état ou des revenus qui lui procurent la faculté d'acquérir et de payer, ne présente rien d'illicite, surtout lorsque le contrat porte numération d'espèces.

Nous pensons même qu'il ne faut pas aller si loin que la Jurisprudence invoquée par la Cour souveraine de Rouen, et que l'on ne doit pas assujétir le fils acquéreur à prouver l'emploi des deniers de la vente au profit de son père. Ces deniers appartiennent à ce dernier : il a pu en disposer à son plaisir et volonté.

Il peut, dira-t-on encore, les rendre à son fils de la main à la main.

Sans doute, mais la fraude ne se présume point. N'oublions pas qu'elle est bien moins à redouter, maintenant que la Loi permet au père d'avantager l'un de ses enfans ; qu'il aimera toujours mieux exercer ouvertement la faculté qu'il tient de la Loi, que de pratiquer une fraude qui pourrait faire perdre à l'enfant chéri l'avantage, même légitime, qu'il pouvait lui faire sans danger.

Songeons enfin qu'il est peu de pères qui veuillent sacrifier

tous leurs autres enfans à un seul, et flons-nous un peu à la tendresse paternelle.

466. Il n'est pas rare, dans les campagnes, de voir un père cultivateur donner une ferme à son fils. Si le bail est fait à juste prix, il ne serait pas juste d'obliger cet enfant au rapport des bénéfices légitimes qu'il a pu faire.

Pourquoi un père négociant ne pourrait-il pas faire de son fils son commis ou son facteur, et lui accorder les mêmes appointemens, ou les mêmes bénéfices qu'il donnerait à un étranger ?

Les bénéfices qui peuvent résulter de tous ces actes en faveur de l'enfant, sont des biens adventifs qu'il acquiert au moyen de ses fonds, ou par son travail, et qu'il n'est pas tenu de rapporter.

467. Sur la société qui peut être contractée entre le père et le fils, nous n'avons qu'un mot à dire.

On voit par la disposition du Code civil, qu'elle doit être établie par un acte authentique. Cette règle n'est point particulière au cas où elle est formée entre le père et l'un de ses enfans. Toute société de commerce doit être rédigée de cette manière. Les actes sous seing-privé donneraient lieu, en ce cas, à un trop grand nombre de fraudes.

Quoique le père ait admis un de ses enfans à société sans mise de fonds, si l'enfant a une industrie, et apporte à la société un travail qui en tienne lieu, il n'y aura pas lieu au rapport ; car il est de principe, en matière de société, que l'industrie et le travail d'un des associés peuvent tenir lieu de contribution à la mise.

Ordinairement, dans ce cas, le père se décharge sur le fils de tous les soins, et de tous les travaux du commerce : ce qui rend bien plus légitime l'admission de ce dernier au partage sans mise de fonds.

---

* *C. N.* 853.—Semblable au texte.

[ARTICLE 722.]

722. Les fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport ne sont dus qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession.

722. The profits and interest of the things subject to be returned are due only from the day when the succession devolves.

---

* *ff. de dotis coll.*, *L.* 5, § 1. } § 1. Filia quæ soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit Viri boni arbitratu cogetur usuras quoque dotis conferre : cùm emancipatus frater etiam fructus conferat, et filia partis suæ fructus percipiat. (PAPINIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } § 1. Une fille qui devait rapporter sa dot après la dissolution de son mariage, a différé de le faire. Elle sera obligée d'en rapporter les intérêts, qui seront fixés par un homme judicieux ; d'autant que le fils émancipé rapporte lui-même les fruits, et que la fille a touché les fruits de sa portion. (PAPINIEN).

Voy. *Cod. de coll.*, sur art. 712.

---

* *Cout. de Paris*, *No.* 309. } 309. Les fruits de la chose donnée par père et mère, ayeul ou ayeule, soit héritages ou rentes, ne se rapportent, sinon du jour de la succession échue : Et s'il y a deniers baillés, les profits se rapporteront depuis ledit tems à raison du denier vingt.

---

* *Pocquet*, *Liv.* 3, *s.* 2, *art.* 15. } 15. Les fruits ou intérêts des choses sujettes à rapport, sont dûs du jour de la succession échue, et non plutôt.

Paris, *art.* 309. *Anjou*, *art.* 261. *Maine*, *art.* 280.

* *Lamoignon. tit. 44, art. 29.* } 29. Les fruits, arrérages et intérêts des choses sujettes à rapport, et des égalements des cohéritiers sont dûs seulement du jour de la succession échue ; savoir, des héritages et rentes à raison de leur revenu ordinaire, et des sommes reçues en argent l'intérêt en sera rapporté au denier vingt-cinq.

Voy. *Pothier*, sur art. 719.

---

* *2 Maleville, sur art.* 856 *C. N.* } Conforme à la loi 9, *Cod. fam. ercisc*, et à l'art. 309 de la Coutume de Paris.

Notre Code termine ici les règles qu'il donne sur les choses sujettes à rapport ; mais il y a d'autres questions auxquelles il peut donner lieu.

Si un père co-héritier avec son fils renonce à sa part pour faire passer la succession entière sur la tête de ce fils ; si une femme renonce à la communauté de son premier mariage, pour en faire passer les profits entiers sur la tête des enfans de ce premier mariage, à l'exclusion de ceux qu'elle aurait du second lit y aura-t-il lieu au rapport ?

Je trouve la négative décidée pour les deux cas dans les *Pandectes françaises*, p. 193 et 200, on dit que le rapport n'a lieu que des biens appartenans au défunt qu'il a fait passer à l'un de ses successibles, et qu'une hérédité que les père ou mère ont répudiée, ne leur a jamais appartenu ; que de même la femme n'a qu'une espérance aux biens de la communauté, et qu'en y renonçant, elle ne donne rien du sien.

Ces raisons sont spécieuses sans doute, mais je ne les crois pas décisives ; il y a lieu au rapport toutes les fois que le défunt a fait un avantage direct ou indirect à l'un de ses héritiers, en fraude et au préjudice des autres, mais qui ne voit, lorsqu'un co-héritier renonce à une succession opulente en faveur de son co-héritier, ou une femme à une communauté avantageuse, que c'est pour enrichir d'autant ceux qui pro-

fitent de cette renonciation. Les principes mêmes sur lesquels on s'est fondé pour la négative, sont plus subtils que foncièrement vrais : l'héritier est saisi de la succession dès la mort du défunt, et l'art. 785 dit bien que l'héritier qui renonce, est censé ne l'avoir jamais été, mais non pas qu'il ne l'ait pas été réellement : c'est uniquement pour le soustraire aux poursuites des créanciers, et dans son intérêt, que la loi s'explique ainsi. De même il n'est pas exact de dire qu'une femme qui, par les stipulations de son mariage, a été mise en communauté, n'ait pas droit à cette communauté ; il est seulement vrai qu'elle a la liberté d'y renoncer ; mais si elle n'y renonce, et si les père et mère ne répudient, que pour en faire profiter d'autant certains de leurs enfans, il semble intolérable de prétendre qu'ils ne leur fassent pas un avantage indirect, et que cet avantage ne soit par conséquent pas sujet à rapport.

Les principes de la décision négative sont puisés dans les lois romaines, qui disaient que l'héritier fraudait, en laissant perdre ce qu'il avait, et non en omettant d'acquérir ; mais l'art. 788 a déjà rejeté cette subtilité vis-à-vis des créanciers, et je crois qu'il ne faut pas l'admettre davantage dans le cas actuel : aussi M. Pothier, qui avait d'abord pensé comme les auteur des Pandectes, dans son Commentaire sur la Coutume d'Orléans, s'est-il ensuite retracté dans son Traité des Successions, ch. 4, art. 2, § 2.

Nous avons vu, sur l'art. 851, que le fils est, sans contredit, obligé de rapporter le montant des dettes qu'il a contractées en majorité, et que ses père ou mère ont payées pour lui. Il en est de même, à plus forte raison, d'un prêt et de toute autre avance à lui faits depuis son mariage.

Si le défunt avait fourni à l'un de ses héritiers de quoi acheter un héritage, c'est de l'argent, et non de l'héritage même que l'héritier doit faire le rapport. C'est, en effet, une maxime générale, que le fonds vendu appartient toujours à celui auquel la vente a été faite, parce que c'est à lui, et non à un autre, que le maître du fonds a voulu transférer sa pro-

priété, et que *nihil tam naturale est quam sequi voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis.*

---

* *Merlin, Rép., V. Rapport à succ., § 4, art. 2, No. VII.* } VII. Ferrière, sur l'art. 309 de la coutume de Paris, excepte " de " cette jurisprudence le cas où, après la dissolution du ma- " riage, le survivant qui n'a point fait un inventaire, donne " à un de ses enfants mineurs, en le mariant ou autrement, " un bien de la communauté continuée ; car (dit-il), quoique " la moitié de ce bien, qui appartenait au père, dont il pouvait " disposer, étant rapportée à sa succession, il n'en doive les " fruits que du jour de son décès, néanmoins à l'égard de " l'autre moitié, le donateur qui accepte la communauté, est " tenu de la rapporter à ses co-héritiers, avec les fruits ou les " intérêts du jour de la donation, comme il a été jugé à l'au- " dience de la grand'chambre, par arrêt du 22 avril 1641, " rapporté par Auzanet ".

Cette exception particulière est aussi admise par Lecamus, Auzanet et Lebrun ; et Brodeau sur Louet, lettre C, § 30, dit que c'est encore un des points jugés " par l'arrêt de la propo- " sition d'erreur, donné au rapport de M. d'Hillerin, à la cin- " quième chambre des enquêtes, par renvoi et attribution de " juridiction du privé conseil, le 19 avril 1639 ".

Le motif de cette exception est assez plausible : c'est, comme l'abserve Brodeau, " que la fille mariée et dotée, qui est passée " dans une famille étrangère, a changé de condition, et ne " doit pas être nourrie et entretenue aux dépens de la com- " munauté, quoiqu'elle continue à son égard nonobstant son " mariage, les alimens n'étant plus dus aux enfants mariés ".

Cependant, Brodeau lui-même convient que la question n'est pas sans difficulté : il cite un arrêt du 1er août 1640, qui a directement jugé le contraire de celui de 1639 ; et il tâche de les concilier en disant que " la compensation doit avoir " lieu jusqu'à concurrence de la juste valeur et estimation

“ des nourritures et entretènemens de la fille mariée, qui ne “ doit rapporter que les fruits ou intérêts de ce qui excède”

Mais ce tempérament même a été rejeté par un arrêt du 6 septembre 1687, dont voici l'espèce :

François Chouyaine, garde des rôles des offices de France, veuf de Françoise Boussan, avait trois filles mineures, Marie, Françoise et Jeanne. Il n'avait pas fait d'inventaire à la mort de sa femme, et par conséquent la communauté continuait au profit de ses filles.

Le 30 janvier 1644, il maria l'aînée à M. du Laurens, conseiller aux requêtes du palais, et lui donna en dot 130,000 liv

Deux ans après, il maria Françoise à M. de Maupeou, con seiller au parlement, et lui fit la même dot qu'à la première.

A l'égard de Jeanne, elle épousa, avec ses droits, M. de Pajot, conseiller à la cour des aides.

Après la mort du père commun, les trois filles se sont portées héritières sous bénéfice d'inventaire.

En 1677, la dame du Laurens est décédée, laissant la dame de Maupeou sa légataire universelle.

La dame de Maupeou, en cette qualité, accepta la continuation de la communauté ; mais elle y renonça de son chef, ainsi que la dame de Pajot, et toutes deux se tinrent à l'état où était la communauté à l'époque du décès de leur mère.

En conséquence, la dame de Pajot présenta à la dame de Maupeou, comme légataire universelle de la dame du Laurens, un compte qui donna lieu à une instance au rapport de M. Le Doux, conseiller à la quatrième chambre des enquêtes.

L'une des principales questions était de savoir “ si la dame “ du Laurens, ayant été dotée pendant le cours de la conti- “ nuation de la communauté, et des effets de cette continua- “ tion, devait rapporter les intérêts de sa dot à commencer du “ jour de son contrat de mariage, ou du jour seulement de la “ dissolution de la communauté, arrivé par le décès du père “ commun ”.

On disait, pour la dame de Pajot, que le tempérament proposé par Brodeau à l'endroit cité, était trop équitable pour ne

pas être admis ; qu'ainsi, on devait déduire ce que la dame du Laurens aurait pu coûter à son père en demeurant avec lui sans se marier, et lui faire rapporter les intérêts de l'excédant.

On répondait, pour la dame de Maupeou, que l'art. 309 de la coutume de Paris exempte formellement du Rapport les fruits et les intérêts échus avant l'ouverture de la succession ; que le motif de cette disposition est plein d'équité et conforme au droit civil ; que l'intérêt des deniers donnés aux enfans en les mariant, leur tient lieu d'alimens ; en sorte que, si on les obligeait à rapporter ces intérêts à la succession après trente ou quarante années de jouissance, ils excéderaient souvent le fonds de leurs portions héréditaires ; que Legrand, sur l'art. 142 de la coutume de Troyes, No. 29, en fait la remarque expresse.

" C'est (ajoutait-on) dans la vue de prévenir cet inconvénient, que les lois ont décidé que la légitime des enfans leur serait délivrée en corps héréditaires, et qu'on ne pourrait la diminuer par des imputations d'intérêts et par des jouissances.

" La continuation de communauté n'est autre chose qu'un mélange et une confusion qui se fait entre les enfans du prédécédé et le survivant du père et de la mère, des actions actives et passives, de tous les effets mobiliers, et généralement de tous les droits de ceux qui acceptent cette continuation. Mais aussi ils y prennent leurs nourritures, logemens, habits et autres choses nécessaires, sans être obligés d'en compter, d'où il suit que, comme tout est commun et confondu jusqu'à la dissolution de communauté, les fruits et intérêts des choses données pendant le cours de cette continuation de communauté, ne se rapportent que du jour de la dissolution, et non du jour des dots ou donations par le père et la mère.

" Ce Rapport se fait encore moins du jour du décès du premier mourant du père ou de la mère, parce que les choses données ne viennent point de ses libéralités, ayant été prises dans le fonds de la continuation de communauté, et cela conformément au Rapport qu'on a coutume de faire des fruits et intérêts des héritages et deniers donnés en avancement d'hoi-

rie, qui ne se rapportent point du jour des donations, mais seulement du jour de la mort du père ou de la mère qui a donné, quelque intervalle de temps qu'il y ait entre les donations et le décès de celui qui a donné.

" En un mot, la dame du Laurens ayant été mariée en minorité par le sieur Chouyaine, son père, à un conseiller de la cour, ce père a été obligé de la soutenir dans l'état où il l'avait mise. Et comme celui du mariage est le plus naturel et fait le le souhait commun des pères, on ne doit pas faire différence d'un entretien qu'une fille a dans la maison de son père, d'avec celui qu'elle doit avoir dans la maison de son mari : le père en est généralement tenu."

Sur ces différentes raisons, l'arrêt a jugé " que la dame du " Laurens ne devait rapporter les intérêts de la dot que du " jour de la dissolution de la communauté arrivée par le " décès du père commun ". Ce sont les termes des rédacteurs du Journal du palais.

Cet arrêt est, comme l'on voit, littéralement conforme à celui du 1er août 1640, et il paraît avoir fixé la jurisprudence sur la question proposée.

Ce qu'il faut bien remarquer, c'est que l'arrêt du 22 avril 1641, sur lequel Ferrière se fonde, n'y est nullement contraire : Brodeau le cite comme ayant jugé la même chose que celui du 1er août 1640, qui a été suivi de point en point en 1687 ; et la preuve que Brodeau le cite exactement, c'est qu'Auzanet, sur l'art. 309 de la coutume de Paris, en parle de même.

Il est vrai qu'Auzanet, et après lui Lecamus, le regardent comme particulier au cas où, de tous les enfans au profit des quels s'est continuée la communauté, il n'y en a que quelques-uns qui acceptent la continuation. Mais on ne voit pas pourquoi ce cas, dans lequel rentre également l'arrêt du 6 septembre 1687, différerait de celui où chacun des enfans renonce.

Mourlon, sur art. 856 *C. N., p.* 195-6.

403.—Le rapport ayant pour objet de maintenir l'égalité entre héritiers en rétablissant les choses dans l'état où elles seraient si le *de cujus* n'avait fait aucune libéralité à son successible, il en résulte que les fruits perçus ou échus *depuis le décès du* DE CUJUS doivent être, comme les capitaux qui les ont produits, remis dans la masse partageable.

Le même principe exigerait que les fruits échus ou perçus *avant le décès du* DE CUJUS fussent également rapportés. Il n'en est pas ainsi cependant : le successible donataire est autorisé à les conserver. Deux motifs justifient cette décision :

1o. La loi a dû supposer chez le donateur l'intention de dispenser le donataire du rapport des fruits et intérêts ; autrement, la donation par lui faite n'aurait eu aucun sens, puisqu'elle n'aurait eu aucune utilité. La chose donnée n'eût été dans les mains du donataire qu'un dépôt, et, par conséquent, une charge dangereuse, tout dépôt emportant l'obligation de conserver, sous peine de dommages et intérêts, la chose déposée.

2o. Le droit qu'a le donataire de conserver les fruits et intérêts qu'il a perçus ne nuit pas à ses cohéritiers : car il est probable que le disposant les eût consommés s'il les eût perçus lui-même : *lautius vixisset.*

404.—On peut, en ce qui touche l'acquisition des fruits naturels ou civils, assimiler le donataire à un usufruitier *sui generis.* Il ne doit compte que du capital, qui fait l'objet de l'obligation du rapport, et des fruits perçus ou échus à partir du moment où son droit de jouissance a cessé. Tous les fruits civils échus *avant* l'ouverture de la succession lui sont irrévocablement acquis : il n'en doit aucun compte, *lors même qu'il ne les a pas encore touchés*, car les fruits civils s'acquièrent jour par jour (art. 586). Ceux qui n'étaient pas échus à la même époque, quoique payés par anticipation, appartiennent à la succession : car, dès ce moment, le donataire a perdu son droit de propriété et avec lui son droit de gagner les fruits. Ainsi, au jour du décès du donateur, on arrête le cours des

intérêts, arrérages, loyers ou fermages : tout ce qui est échu partient au donataire ; tout ce qui reste à courir, à la succession. Les fruits naturels s'acquérant par leur perception (art. 585), ceux que le successible donataire a *perçus* avant le décès du donateur lui appartiennent ; ceux qui, à la même époque, étaient pendants par branches ou par racines sont à la succession, qui a seule le droit de les percevoir.

---

* *C. N.* 856.—Semblable au texte.

---

723. Le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier ; il n'est pas dû aux légataires ni aux créanciers de la succession.	723. Returns are due only from coheir to coheir ; they are not due to the legatees nor to the creditors of the succession.

---

* *ff. de collat.*, *L.* 1, § 1. } § 1. Inter eos dabitur collatio, quibus possessio data est. (ULPIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } § 1. Le rapport aura lieu entre tous ceux qui auront obtenu la succession prétorienne. (ULPIEN).

---

* 8 *Pothier*, *Succ.*, *ch.* 4, *art.* 2, § 6. } Le rapport étant introduit pour établir l'éga lité entre les enfants qu viennent à la succession de leur père ou mère, ou autres ascendants ; il suit que l'enfant ne doit le rapport qu'aux autres enfants ses cohéritiers ; c'est pourquoi nous avons déjà vu ci-dessus qu'il ne pouvait être prétendu par les créanciers de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire.

Par la même raison, si un père qui a deux enfants à l'un desquels il a fait une donation entre-vifs, fait un tiers étranger légataire du tiers de ses biens, ce légataire ne pourra pré-

tendre aucune part dans le rapport des biens donnés entre-vifs à l'un des enfants, et n'aura que le tiers des biens qui se sont trouvés hors du décès. Ceux donnés entre-vifs à l'un des enfants, se partageront entre les deux enfants ; car le rapport n'est dû qu'aux enfants cohéritiers.

Doit-on, par la même raison, décider que lorsqu'une belle mère donataire de son mari d'une part d'enfant, partage la succession de son mari avec un enfant du premier lit de son mari, elle ne peut pas faire précompter à cet enfant, sur sa part, les choses qui lui ont été données par son père ? Il semblerait qu'elle ne le pourrait par notre principe que le rapport n'est dû qu'aux enfants cohéritiers, cependant il faut dire qu'elle ne peut par une autre raison, qui est que la mesure de la donation faite à la belle-mère et la quantité de ce que l'enfant a eu de biens de son père à quelque titre qu'il les ait eus, soit de donation, soit de succession, par conséquent ce qui leur a été donné doit être compté avec ce qu'il prend en la succession. Sans cela il serait au pouvoir du mari d'anéantir en entier la donation faite à sa femme, en faisant des donations entre-vifs ou des legs à son fils, et ne laissant presque plus rien à sa succession, ce qui ne doit pas être, la donation qu'il a faite à sa femme étant une donation entre-vifs, qui de sa nature est irrévocable. C'est l'avis de Lebrun, qui en cite un arrêt du 12 avril 1682, (liv. 3, ch. 6, sec. 2, No. 67.)

Un père laisse deux enfants, à l'un desquels il a donné certains biens ; celui à qui il n'a rien donné renonce à la succession en fraude de ses créanciers qui sont reçus à exercer ses droits dans la succession ; peuvent-ils demander le rapport à l'enfant donataire ? Sans doute l'enfant donataire ne peut pas, pour s'en défendre, opposer notre principe qu'il ne doit le rapport qu'à son cohéritier ; car ces créanciers ne le lui demandent que comme dû effectiment à ce cohéritier leur débiteur dont ils exercent les droits. C'est l'avis de Lebrun, qui ne souffre pas de difficulté (*ibid.* Nos. 68 et 69).

Si ce dernier à qui le rapport est dû n'avait point de créanciers, mais qu'après la succession ouverte à son profit, il ait

été condamné à une peine capitale, le fisc pourra-t-il demander le rapport ? Lebrun le lui refuse (*ibid.* No. 71) ; mais je ne vois pas sur quelle raison il peut se fonder, car la créance du rapport lui ayant été une fois acquise par l'ouverture de la succession, le fisc qui entre en tous ses droits peut l'exercer.

Je ne vois pas trop non plus sur quoi se fonde Lebrun (*ibid.* No. 70), pour décider que dans les coutumes d'égalité dans lesquelles l'enfant renonçant rapporte, les créanciers d'un enfant héritier à qui ce rapport est dû, ne peuvent pas exercer ses droits pour les demander ; car, puisque le droit lui en est acquis, pourquoi ne le pourraient-ils pas exercer ? N'est-ce pas un droit pécuniaire, estimable, et qui est *in bonis ?* Des créanciers n'ont-ils pas le droit de se venger sur tout ce qui est *est in bonis* de leur débiteur ? Néanmoins Lebrun cite un arrêt du Journal du Palais (t. 1, p. 608) du 20 août, *alias* 13 décembre 1674, qu'il faut voir.

C'est une question dans les coutumes d'égalité qui n'est pas bien décidée, si de même que, dans ces coutumes, le rapport est dû par les enfants qui renoncent, il est aussi dû de même aux enfants qui renoncent, Rouille, ancien commentateur du Maine, prétend qu'il n'est dû qu'aux héritiers. V. les textes de ces coutumes.

---

* 1 *Pothier*, *Int.*, *tit.* 17, *Cout. Orl.*, *No.* 88, 89. } 88. L'enfant donataire n'est obligé au rapport qu'envers ses cohéritiers. C'est pourquoi si une personne a laissé pour héritiers deux enfants, à l'un desquels il avait donné entre-vifs une certaine somme, et a légué le tiers de ses biens à un étranger, l'enfant donataire partagera avec l'autre enfant la somme qui lui a été donnée, et qu'il doit rapporter, sans que le légataire y puisse prétendre aucune part.—Il semblerait qu'une seconde femme donataire de part d'enfant de son mari, ne devrait pareillement prendre aucune part dans les choses données à l'un des enfants qui les rapporte au partage de la succession de son père. Néanmoins, si la donation n'a été faite que depuis le

contrat du second mariage, il faut décider que la femme donataire de part d'enfant y doit prendre part : autrement, il serait au pouvoir du donataire de diminuer ou réduire à rien la donation de part d'enfant, qu'il a faite à sa femme par celles qu'il ferait à ses enfants ; ce qui ne doit pas être.

89. Le rapport n'étant dû qu'aux cohéritiers, il suit de là que, si un père laisse deux enfants, à l'un desquels il a donné entre-vifs plus qu'à l'autre, lesquels enfants soient l'un et l'autre ses héritiers sous bénéfice d'inventaire, les créanciers ne pourront rien prétendre dans ce que l'enfant qui a été le plus avantagé, sera tenu de rapporter à l'autre. Mais, si celui qui a été le moins avantagé, s'était porté héritier pur et simple, les créanciers de la succession étant devenus, par son acceptation pure et simple, ses propres créanciers pour la part dont il est héritier, ils pourront, en cette qualité, exercer les droits de leur débiteur pour le rapport qui lui est dû par son frère.

---

* *Pocquet, Liv.* 3, *s.* 2, *art.* 9. } 9. Le Rapport ordonné par les Coutumes, même par celles d'Anjou et du Maine, se doit faire en faveur des co-héritiers, et non au profit des créanciers.

Journal des Aud. tome 2, *liv.* 4, *ch.* 54.

Journal du Palais, tome 3, *page* 109 *et* 145, *tome* 4, *page* 374 *de l'édition in-4o, et pages* 6, 380, 428 *et* 658, *du premier tome de l'édition in-fol. de* 1701.

Remarques de l'Auteur sur l'article 3, *d'Anjou, observation* 3.

---

* 7 *Pand. frs., sur art.* 857 *C. N.* } 479. Cet article ne fait que confirmer notre ancienne Jurisprudence, laquelle était conforme aux principes.

Le rapport est établi pour maintenir l'égalité entre les héritiers. Il ne peut donc être exigé que par ceux qui ont droit à cette égalité, c'est-à-dire, par un héritier, d'un autre héritier de la même succession.

La difficulté s'était élevée autrefois principalement à l'égard de l'héritier bénéficiaire, vis-à-vis les créanciers de la succession. Ceux-ci ont prétendu que, comme il ne confond point, il devait remettre à la masse les choses qu'il avait précédemment reçues du défunt. Mais cette prétention a été constamment condamnée, et la maxime contraire était généralement reçue.

Un autre cas qui donna lieu aussi à des contestations fut celui où un légataire universel concourait avec des enfans héritiers, dont l'un faisait le rapport d'une donation qui lui avait été précédemment faite. Le légataire soutenait qu'il devait prendre part dans l'objet rapporté. Cette prétention a encore été proscrite ; et il a été décidé que le rapport ne devant se faire qu'entre cohéritiers, les enfants partageraient également la chose rapportée, sans que le légataire y pût rien prétendre.

480. Suit-il de ce principe, que les créanciers d'un enfant qui renonce à la succession en fraude de leurs droits, ne puissent pas, en se faisant autoriser à accepter pour lui, demander à un autre enfant donataire le rapport d'une donation qu'il a reçue ?

Il faut décider qu'ils le peuvent. En effet ces créanciers, dans ce cas, agissent à la place de l'enfant renonçant. Ils exercent ses droits. Ils peuvent donc exercer toutes les actions qui lui appartiennent. Ce n'est pas à eux, mais à l'enfant que se fait le rapport.

Il en est de même dans tous les cas où ceux qui demandent le rapport, l'exigent du chef de celui à qui il est dû.

481. Il y a cependant un cas où il se fait une sorte de rapport par l'héritier donataire à d'autres qu'à des cohéritiers. C'est celui où il demande le retranchement des legs ou des donations, pour compléter sa légitime. Comme il doit alors imputer sur sa légitime les choses qu'il a reçues lui-même, et que les legs ou donations ne souffrent de retranchement que pour ce qui manque sur la légitime après cette imputation, l'enfant donataire fait une espèce de rapport de ce qui lui a

été donné, aux légataires et donataires étrangers, quoiqu'ils ne soient pas ses cohéritiers.

C'est d'après le même principe qu'il faut décider la question de savoir si un second époux, donataire d'une part d'enfant, partageant la succession du conjoint prédécédé avec un enfant du premier lit, peut faire précompter à cet enfant sur sa part les choses qui lui ont été données par le défunt.

Il semblerait, suivant notre article portant que le rapport n'est dû qu'aux cohéritiers, que cet époux ne le pourrait pas.

Il faut dire néanmoins qu'il pourra, non pas exiger le rapport qui, en effet, ne lui est pas dû, mais l'imputation des choses données sur la part du donataire.

La raison est que la mesure de la donation faite à ce second époux est la quantité que cet enfant du premier lit aura dans les biens du défunt, à quelque titre que ce soit, ou de donation ou de succession. Donc ce qui lui a été donné doit être compté pour former cette part.

Autrement il serait au pouvoir du conjoint donateur d'anéantir entièrement la donation faite au second époux, en absorbant sa succession par des libéralités envers l'enfant ; ce qui ne peut pas lui être permis, puisque la donation faite au second époux est irrévocable, comme toutes les donations entre-vifs.

---

* *C. N.* 857.—Semblable au texte.

---

724. Le rapport se fait en nature ou en moins prenant.	**724. Returns are effected either in kind or by taking less.**

---

* *Cout. de Paris, art.* 304, 305. } Les enfans venans à la succession de père ou mère, doivent rapporter ce qui leur a été donné pour avec les autres biens de la dite succession, être mis en partage entre eux ou moins prendre.

[ARTICLE 724.]

305. Si le donataire, lors du partage, a les héritages à lui donnés, en sa possession, il est tenu les rapporter en essence ou espèce, ou moins prendre en autres héritages de la succession de pareille valeur et bonté. Et faisant le dit rapport en espèce, doit être remboursé par ses cohéritiers des impenses utiles et nécessaires ; et si les dits cohéritiers ne veulent rembourser les dites impenses, en ce cas le donataire est tenu rapporter seulement l'estimation d'iceux héritages, eu égard au tems que division et partage est fait entre eux, déduction faite des dites impenses.

---

* 3 *Laurière, sur art. 304, C. de Paris.* } *Si le Donataire lors du partage a les héritages, il est tenu de les rapporter, ou moins prendre, etc.*] Ainsi il est au choix de l'enfant donataire, ou de moins prendre ou de rapporter. Il y a cependant un cas où il n'a pas *cette option*, et où il faut absolument qu'il ne rapporte pas, et qu'il prenne moins.

Que l'on suppose qu'un père, qui a plusieurs enfans, ait disposé d'une terre considérable par donation entre vifs, au profit de son aîné, avec charge de *substitution*, ou en faveur du fils aîné de cet aîné, ou en faveur du frère puïné de cet aîné, en cas que cet aîné décède sans enfans mâles. Et que l'on suppose que le père avant que de mourir ait fait insinuer la donation et publier la substitution, dira-t-on que cet aîné se portant héritier *ab intestat* de son père et rapportant cette terre, anéantira par cette voie la donation et la substitution ? Qui ne voit qu'un tel avis ne serait pas soutenable. Il faudra donc, encore une fois, que l'aîné dans ce cas *se tienne à son don, et prenne moins en autres héritages*. Et comme il sera en même temps, en quelque façon, *héritier et donataire*, quoiqu'en ligne directe, la substitution vaudra ; et il faut bien remarquer que si la succession n'était pas avantageuse, l'aîné ne pourrait pas se porter héritier au préjudice de la substitution par la raison du titre, *si quis omissâ causâ Testamenti, etc.* Voyez la note sur l'article 303.

[ARTICLE 724.]

Est tenu de les rapporter, ou moins prendre.] Ceci décide la question agitée entre les Docteurs dont les uns tenaient, que la chose donnée devait être rapportée, et les autres qu'il suffisait d'en rapporter l'estimation. *Vide Georgadamum Brunnerum de collationibus, cap.* 5, *num.* 40, 42, *etc.*

Si la chose donnée à un enfant en avancement d'hoirie existe, il est donc, suivant cet article, au choix de l'enfant de la rapporter ou de la retenir en prenant moins.

S'il y a fait des augmentations utiles et nécessaires, elles doivent être estimées, ainsi que la chose donnée, sur le pied qu'elles valent au temps du partage et du rapport. Et si les cohéritiers ne veulent pas lui tenir compte de ces augmentations, il est en droit de retenir la chose donnée selon sa valeur, eu égard au temps du rapport, comme il vient d'être dit.

Mais si la chose donnée n'existe plus, comme il peut arriver, lorsque celui qui a eu une vieille maison en avancement d'hoirie, la fait abattre pour en faire construire une plus belle, il suffit dans ce cas de rapporter la simple estimation, de ce que la vieille maison pourrait valoir si elle subsistait encore. *Vide Cyrriacum Nigrum, tom.* 1, *controvers. cap.* 194 ; *Negusantium de pignoribus, membro* 4, *n.* 21 ; *Franchium, decis.* 38, *n.* 5 ; *Merlinum, lib.* 2, *q.* 69 ; *Molin. in Conf. Borbon, art.* 72 ; *et Montissortis ad tit. de Communione bonor. art.* 12 *et ad antiq. Cons. Paris.* § 1, *Gloss.* 5, *n.* 49 ; *Jacobum Gothos. ad Cod. Theod. tom.* 5, *pag.* 97 ; *Covarruviam, lib.* 1, *variar. cap.* 8 ; *Amayam in Codicem, pag.* 140, 141 ; *et Bruncnannum, ad Leg.* 2, *Cod. de prædiis naviculariorum.*

De tout cela il résulte que si l'héritage donné à un enfant en avancement d'hoirie, se trouve de beaucoup augmenté de valeur au décès du père ou de la mère, il doit être rapporté sans que l'enfant qui a fait la faute de se porter héritier, puisse le retenir, parce qu'il n'est pas possible que celui qui a plus que sa portion héréditaire puisse moins prendre en se tenant à son don.

On a demandé si la chose donnée avec estimation à un enfant, ou en paiement d'une somme promise en avancement

d'hoirie, était sujette à rapport, et sur quel pied elle devait être rapportée, ou de l'estimation faite par le père ou la mère, ou de sa valeur au temps du partage ?

Un père marie sa fille et lui promet 30,000 l. mais ne pouvant donner cette somme, il lui cède et à son gendre une maison en paiement ; en sorte que cette maison, réellement et de fait a été vendue et achetée 30,000 liv.

Le père meurt, et à son décès cette maison se trouve valoir 60,000 livres, sur quel pied la fille en tiendra-t-elle compte au partage avec ses frères et sœurs ?

Mornac, dans une espèce semblable, *ad Legem* 16, *Dig. de jure dotium*, rapporte un Arrêt du 14 Avril 1603, qui a jugé qu'il suffisait de rapporter l'estimation faite par le contrat de mariage. *Dici solet ex hoc textu æstimationem facere emptionem. Et cum mota fuisset quæstio, utrum munere curiosi quæsitoris apud Lutetiam, quem alias commissarium dicimus, æstimato à tutore et cognatis in contractu matrimonii, æstimatio illa adeo faceret emptionem ut nihil aliud conferri deberet, quam pretium, in familiæ erciscundæ judicio. Confirmavit senatus præfecti Parisiensis sententiam, quæ maritum conferre solum pretium, non autem rem ipsam æstimatam damnaverat, etc. Ad. Leg* 16, *Dig. de jure dotium.*

Mais on peut répondre à cela que l'immeuble ou l'héritage qu'un père cède à son enfant, en paiement d'une somme promise en avancement d'hoirie, est aussi répété donné en avancement d'hoirie ; et comme un tel héritage est propre à l'enfant, qui ne doit pour une telle vente aucuns droits seigneuriaux, comme le décide l'article 26, le mieux est de dire qu'il doit être rapporté en espèce, si mieux le donataire n'aime en tenir compte sur le pied qu'il vaut au temps du partage, au cas qu'il y ait des héritages de même bonté et de la même valeur, comme il est dit dans cet article.

Quant à l'Arrêt cité par Mornac, il fait peu au sujet, parce qu'il est dans le cas d'un office, lequel régulièrement n'est pas rapportable, parce que l'enfant titulaire le tient moins de son père qui s'est démis en sa faveur, qu'il ne le tient du Roi qui

le lui a conféré. *Voyez* Loiseau, *des Off.*, liv. 2, chap. 7, n. 64, liv. 3, chap. 10, n. 56; Brodeau, lettre E, n. 2; Charondas dans ses Réponses, liv. 5, n. 42.

---

* *Pocquet*, *Liv.* 3, *s.* 2, *arts.* 10, 16. } 10. Les enfans venans à la succession de leurs pères et mères, doivent rapporter ce qui leur a été donné, ou moins prendre dans la succession.

Paris, *art.* 304. *Anjou*, *art.* 304. *Maine*, *art.* 278.

16. Si le Rapport est fait en espèces, les cohéritiers sont tenus de rembourser les impenses utiles et nécessaires faites par le donataire; et en cas d'option, de moins prendre, déduction en sera faite lors de l'estimation.

Paris, *art.* 305.

---

* *C. N.* 858.—Semblable au texte.

---

725. C'est en moins prenant que se rapportent toujours les objets mobiliers; ils ne peuvent être rapportés en nature.	725. The return of moveable property is only made by taking less; it cannot be returned in kind.

---

* *Lebrun*, *Succ.*, *liv.* 3, *ch.* 6, *s.* 3, *No.* 34. } 34. Que s'il s'agit de choses mobiliaires qui ayant esté données, si ce sont des choses qui ne diminuent point par l'usage, comme des perles et des diamans, on les doit rapporter en espèces, ou si le donataire en a disposé, il en doit rapporter l'estimation, eu égard au temps du partage, que si ce sont choses qui diminuent ou se consomment même par l'usage, il semble assez juste que le donataire en rapporte le prix, eu égard à ce qu'elles auraient pû valoir au temps du partage, si on les rapportait aussi bien conditionnées qu'elles estaient lors de la

donation : car le rapport se doit faire des choses comme elles doivent estre, et ce n'est pas faire un juste rapport, que de rapporter un meuble presque consommé par l'usage. Je voudrais pourtant en diminuer quelque portion, comme le quart, parce que ces meubles se seraient usez même en ne servant point, et quoique les maisons des villes diminuent fort par l'usage, il suffit néanmoins de les rapporter toutes vieilles qu'elles sont, mais bien entretenues. Quoique dans la vérité l'usage consomme plus le mobilier que l'immobilier.

---

* 1 *Duplessis, sur Cout. de Paris, Traité des Succ., Liv.* 1 *ch. IV.* } Les rapports se font, ou en précomptant et moins prenant, ou en rapportant en essence. A l'égard des meubles et somme de deniers dont le rapport est à faire, il se fait toujours en moins prenant ; parce que ce ne sont point choses, dont les autres héritiers ayant intérêt qu'on fasse le rapport en essence.

---

* 1 *Basnage, sur Cout. de Normandie, des Succ., art.* 260. *p.* 429. } Pour scavoir quand l'action en rapport doit avoir lieu, on examine la nature et la qualité des biens qu'il faut rapporter, les personnes qui doivent faire ce rapport et au profit de qui ce rapport doit être fait.

---

* *Ferrière, sur art.* 305, *Cout. de Paris.* } La coutume, dans cet article, donne le choix aux enfans avantagés, de faire le rapport en espèce ou en essence, au cas que lors du partage ils aient encore en leur possession les héritages à eux donnés : de sorte qu'ils peuvent les retenir en prenant moins des héritages de la succession ; les autres enfans non avantagés, ou moins avantagés, prenans d'autres héritages jusqu'à concurrence de la valeur de ceux qui ont été donnés aux autres, afin que par ce moyen l'égalité soit conservée.

Et quoique dans la succession il n'y eût point d'autre héri-

tages, mais seulement des meubles et effets mobiliaires, rentes et autres biens, ceux qui auraient reçu des héritages ne seraient pas tenus de les rapporter en espèce, mais seulement en essence, c'est-à-dire, d'en rapporter la valeur et l'estimation, à l'effet de moins prendre jusques à concurrence ; et tel est l'usage :

Que si le père avait ordonné par testament le rapport en espèce : il a été jugé que la volonté doit être exécutée, par arrêt du 15 février ; mais il y avait des circonstances. Pour moi je n'estimerais pas que le père y pût obliger ceux qu'il aurait avantagés par actes entre-vifs, sans cette clause ; car les enfans ayant pu les aliéner et en ce cas n'étant tenus que d'en rapporter l'estimation, au cas qu'ils en soient en possession au jour du décès : je crois qu'ils ne peuvent point être obligés de les rapporter en espèce, vu que la coutume, par cet article, leur donne le choix de rapporter en espèce, ou en moins prenant.

Au cas de rapport en espèce, les impenses utiles et nécessaires doivent être remboursées au donataire ; et les autres enfans ne peuvent pas éviter ce rapport en espèce, ni par conséquent de rembourser ces impenses, en les justifiant par le donataire ; car quant la coutume dit que les co-héritiers ne veulent pas rembourser lesdites impenses, le donataire est tenu seulement rapporter l'estimation : cela s'entend au cas qu'il soit plus avantageux au donataire de n'en rapporter que l'estimation, et retenir les héritages : car s'il veut en faire le rapport, il n'en peut point être empêché.

Le rapport en espèce ne se peut faire lorsque les héritages donnés ont été dépéris, ou qu'ils ont changé de nature et de surface en laquelle ils étaient lors de la donation.

Lorsque les père et mère ont donné à leur enfant une rente à prendre sur tous les biens d'un particulier, et qu'au lieu de la rente le débiteur donne un héritage, l'enfant ne peut point le rapporter à la succession de ses père et mère, par la raison qu'on ne rapporte que ce qui a été donné, et non autre chose.

Il faut dire le contraire au cas de la donation d'une rente

foncière, et que le détenteur de l'héritage qui en était chargé ait déguerpi l'héritage à l'enfant, en ce cas l'enfant peut rapporter l'héritage, parce que la rente foncière représente l'héritage, suivant l'article 87 *suprà :* c'est le sentiment des commentateurs.

Quand la chose donnée a été estimée par donation, si elle est encore en la possession de l'enfant, il est tenu de la rapporter ou moins prendre en autres héritages de la succession, et s'il ne la possède plus, il doit en rapporter l'estimation, à moins que les autres enfans ne prétendissent que l'estimation aurait été moindre que la juste valeur de la chose donnée à l'effet d'avantager le donataire, auquel cas il serait tenu d'en rapporter la juste estimation.

Que si l'héritage lui avait été donné par son père avec son estimation, il ne suffirait pas qu'il rapportât cette estimation si elle se trouvait désavantageuse aux co-héritiers : c'est pourquoi il faudrait le faire estimer par experts selon sa juste valeur ; pour être rapporté en la succession, comme il a été jugé par arrêt du 27 février 1551, cité par Charondas.

Que si une somme a été donnée par contrat de mariage, et payée en pièces d'or ou d'argent, qui aient haussé ou rabaissé depuis, elle doit être rapportée entre les co-héritiers, selon que ces pièces valaient au tems du mariage, comme il a été jugé par arrêt du 2 avril 1588, en la cinquième chambre des enquêtes, rapporté par M. le Prêtre, centurie 1, chap. 17 ; et par M. Louet lettre F. chap. 2. La raison est que telles pièces ayant été employées pour le prix qu'elles valaient au tems du mariage n'ont rapporté aucun profit à celui à qui elles ont été données, quelque augmentation qui soit survenue depuis la donation.

---

* 8 *Pothier*, *Succ.*, *ch.* 4, *art.* 2, § 7. } Notre coutume d'Orléans, art. 306, qui doit servir de droit commun en ce point, explique en quoi consiste l'obligation du rapport, lorsque ce sont des héritages qui ont été donnés. Voici comme elle s'en explique :

[ARTICLE 725.]

Si le donataire, lors du partage, a les héritages à lui donnés en sa possession, il est tenu de les rapporter en essence et espèce, ou moins prendre en autres héritages de la succession de pareille valeur et bonté. En faisant le dit rapport en espèces, doit être remboursé par ses cohéritiers des impenses utiles et nécessaires qu'il aura faites pour l'augmentation des dits héritages. Et si les dits cohéritiers ne veulent rembourser, est tenu rapporter seulement l'estimation des dits héritages, eu égard au temps, que division et partage est fait entre eux, déduction faite desdites impenses.

Il résulte de cette article que la donation d'un héritage faite à un enfant contient la charge tacite du rapport de l'héritage en nature, dans le cas où il viendra à la succession du donateur ; qu'il s'oblige tacitement envers le donateur à ce rapport ; qu'il devient débiteur de l'héritage *en essence et espèce in specie.*

L'enfant donataire sujet au rapport, n'est donc pas débiteur du rapport de la valeur de l'héritage qui lui a été donné, il est débiteur de l'héritage même en essence et espèce, ce qui a été prescrit pour établir entre les enfants venant à la succession une égalité parfaite qui ne le serait pas si l'un pouvait conserver de bons héritages, pendant que les autres n'auraient que de l'argent dont ils auraient souvent de la peine à faire un bon emploi.

Ce rapport *en essence et espèce* étant ordonné par la loi pour établir cette égalité, il s'ensuit qu'il ne doit pas plus être au pouvoir du donateur de permettre à l'enfant donataire de retenir l'héritage, en rapportant seulement la valeur, que de le dispenser entièrement du rapport, car les conventions des particuliers ne peuvent donner atteinte à ce qui est ordonné par les lois. *Privatorum pactis juri publico non derogatur.*

Il est donc inutile d'agiter la question si l'estimation qu'un père met aux héritages qu'il donne à son fils ou à sa fille est censée mise *venditionis causâ*, pour lui donner la faculté de retenir l'héritage en rapportant l'estimation qui y est mise, puisque, quand même le père aurait eu cette intention, quand

[ARTICLE 725.]

même il aurait voulu dispenser du rapport *en essence et espèce*, il n'était pas en son pouvoir de l'en dispenser. Ces estimations qu'on met dans les contrats de mariage des enfants, n'empêchent donc point que les héritages donnés ne doivent être, nonobstant ces estimations, rapportés *en essence et espèce.*

L'enfant donataire d'héritages étant débiteur de l'héritage même en essence et espèce, il suit de là que cet héritage est aux risques de la succession à laquelle il doit être rapporté, qu'il doit y être rapporté tel qu'il se trouve au temps du rapport qui doit en être fait, soit qu'il se trouve meilleur et augmenté, soit qu'il se trouve pire et déprécié, pourvu que ce soit sans le fait ni la faute de l'enfant, et qu'enfin s'il était péri entièrement sans le fait ni la faute de l'enfant, cet enfant serait libéré de l'obligation du rapport.

Ceci est conforme à un principe touchant la nature des obligations d'un corps certain, *species debita solvi debet qualis est. Lucrum et periculum circa speciem debitam spectat creditorem, obligatio speciei extinguitur rei debitæ interitu. V. ff. Passim tit. de peri. et comm. rei vend. tit. de legatis. tit. de solutio. tit. solut. matrim.*

Nous allons développer plus en détail ces principes :

1o. L'héritage sujet à rapport doit être rapporté avec les améliorations et augmentations qui s'y trouvent au temps du rapport, si ce sont des augmentations naturelles qui n'aient rien coûté au donataire débiteur du rapport, la succession à laquelle le rapport est dû, en profite en pur gain, comme s'il s'est fait sur cet héritage quelque accrue de bois, si des futaies ont profité, s'il y est fait une alluvion ; etc.

Si ce sont des augmentations industrielles qui aient été faites par le donataire, et qui lui aient coûté de la dépense, l'héritage doit à la vérité être rapporté avec ces augmentations ; mais comme c'est un principe d'équité que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, *neminem æquum est locupletari cum alterius detrimento*, la succession doit faire raison à l'enfant qui rapporte l'héritage de ce qui lui en a coûté, non pas néanmoins toujours de tout ce qui lui en a

coûté, mais jusqu'à concurrence seulement de ce que la succession en profite, c'est-à-dire, jusqu'à concurrence de ce que l'héritage est estimé en être plus précieux au temps du rapport qui en doit être fait.

En cela les *impenses utiles* sont différentes des *impenses nécessaires ;* car les *nécessaires* faites par l'enfant donataire sur l'héritage qu'il rapporte, doivent lui en être remboursées, non pas seulement jusqu'à concurrence de ce que l'héritage en est devenu plus précieux, mais entièrement, quand même le fruit de ces impenses aurait été détruit par quelque cas fortuit survenu depuis, et que par là la succession n'en profiterait pas. Par exemple, si une grange nécessaire à une métairie donnée à l'enfant tombait en ruines, et que cet enfant l'ait fait rétablir, quoique par la suite elle ait été incendiée par le feu du ciel, et que par cet événement la succession ne profite pas de la dépense qu'il a faite, la succession ne laissera pas d'être tenue de faire raison de ce qu'il en a coûté ou dû coûter à cet enfant, pour la reconstruction de cette grange, parce que c'était une impenses nécessaire ; qu'en la faisant, il faisait le bien de la succession future, à laquelle la métairie devait être rapportée ; qu'en fait d'impenses nécessaires, *sufficit quod ab initio utiliter gestum sit, licet utilitas non duraverit ;* que si la donation n'avait pas été faite, le donateur aurait lui-même fait cette impense, et ce qu'il en aurait coûté se trouverait de manque dans la succession, et que la succession conséquemment profite de ce que cette somme qui s'y serait trouvé de manque, s'y trouve ; *in tantum locupletiorem donatoris hæreditatem fecit in quantum pecuniæ pepercit.*

A l'égard des impenses purement *voluptuaires* que le donataire a faites sur l'héritage sujet à ce rapport, comme elles n'en augmentent point le prix, et qu'en conséquence, la succession ne profite pas de ces impenses, elle n'est point obligée d'en faire aucune raison à l'enfant qui les a faites, mais elle doit au moins lui permettre d'enlever et d'emporter ce qui peut s'enlever *sine rei detrimento*, et en rétablissant les choses en l'état qu'elles étaient, lorsque l'héritage a été donné.

[ARTICLE 725.]

On ne doit point non plus lui faire raison de toutes les impenses usufruitières et d'entretien, car *sunt onera fructuum*, ce sont des charges de la jouissance qui lui a appartenu.

L'enfant n'a que la voie de rétention pour les impenses dont la succession doit lui faire raison ; c'est pourquoi notre coutume dit que, *si lesdits cohéritiers ne veulent pas rembourser, est tenu rapporter seulement l'estimation desdits héritages, eu égard au temps que division et partage sont faits entre eux, déduction faite desdites impenses.*

2o. Lorsque l'héritage sujet à rapport à été diminué, ou déprécié sans le fait ni la faute de l'enfant donataire, il suffit, comme nous l'avons dit, de le rapporter tel qu'il est ; la succession doit supporter ces pertes de même qu'elle profite des augmentations. Par exemple, si la rivière a emporté des terres, si les inondations les ont ensablées, si les arbres ont été abattus par les grands vents, il suffira de rapporter l'héritage tel qu'il se trouve. Pareillement, si une maison a été incendiée, il suffira de rapporter la place et les matériaux échappés aux flammes ; si c'est par la faute des locataires que l'incendie est arrivé, l'enfant doit encore rapporter les actions qu'il peut avoir contre les locataires pour les dommages et intérêts résultant de l'incendie, et ce qu'il peut avoir reçu d'eux en conséquence de ces actions, etc.

Que si c'était par la faute du donataire sujet au rapport que l'héritage fût détérioré, comme si une maison tombait en ruine, faute par lui de l'avoir entretenue ; si des vignes étaient en basses façons, faute par lui de les avoir fumées, provignées, encharnellées, il serait tenu de faire raison à la succession de ces dégradations, suivant le dire d'experts.

3o. Si l'héritage sujet à rapport est entièrement péri sans sa faute, comme si la rivière l'a emporté, il est entièrement libéré du rapport. Que si la chose a péri par sa faute, comme s'il a laissé prescrire les rentes qui lui ont été données, il est tenu de faire raison à la succession de cette perte, et d'en rapporter l'estimation.

4o. Si la chose sujette à rapport a été plutôt convertie en une

autre chose, qu'elle n'a été totalement périe ; si cette conversion s'est faite sans le fait ni la faute de l'enfant donataire, son obligation de rapporter en essence et espèce la chose qui lui a été donnée, se convertit en celle de rapporter la chose en laquelle celle qui lui a été donnée, a été convertie. Par exemple, si le débiteur de la rente foncière qui lui avait été donnée a déguerpi l'héritage sujet à la rente ; si les rentes qui lui avaient été données, lui ont été remboursées, son obligation de rapporter ces rentes se convertit en celle de rapporter l'héritage qui lui a été déguerpi pour la rente, ou les deniers du rachat de celles qui ont été amorties.

L'enfant qui souhaiterait retenir l'héritage qui lui a été déguerpi, lequel serait augmenté de bonté, depuis le déguerpissement qui lui en a été fait, pourrait-il le retenir, en offrant de continuer à la succession une rente foncière sur cet héritage, telle que celle qui lui avait été donnée ? Non, étant devenu une fois débiteur de l'héritage à la place de la rente, par la conversion qui s'est faite de la rente en l'héritage, il ne doit pas être en son pouvoir de changer son obligation ; les augmentations qui sont survenues en l'héritage déguerpi dont le rapport est dû à la succession, doivent être au profit de la succession, de même que s'il était diminué et dépéri, elle en aurait souffert la perte ; le rapport doit remettre les choses en l'état qu'elles seraient, si la rente n'avait pas été donnée ; or, si elle ne l'avait pas été, le déguerpissement aurait été fait au donateur, et l'héritage déguerpi se trouverait en sa succession ; il y doit donc être rapporté.

Que si cette conversion s'était faite par son fait et sa faute, comme s'il avait accepté le rachat d'une rente qui n'était point rachetable, ou le déguerpissement de la part d'un débiteur qui n'avait pas la faculté de déguerpir, il ne se ferait point de conversion de cette obligation, il demeurerait toujours obligé au rapport en essence et espèce de la chose qui lui a été donnée ; et faute de le pouvoir faire, la chose n'existant plus, il devrait rapporter l'estimation de ce que cette chose vaudrait au temps du partage si elle subsistait encore.

5o. Lorsque l'enfant donataire a aliéné l'héritage qui lui a été donné, si cette aliénation a été nécessaire, comme s'il a été obligé par un arrêt du conseil de vendre pour la construction d'une place publique la maison qui lui a été donnée, ou si on lui avait donné une portion d'un héritage indivis avec un tiers qui par la licitation aurait été adjugé en entier à ce copropriétaire, en ces cas et autres semblables, son obligation de rapporter la chose en essence et espèce, se convertirait en celle de rapporter les sommes de deniers qu'il a reçues à la place.

Que si l'aliénation qu'il a faite de la chose qui lui a été donnée, a été volontaire, comme il ne doit pas dépendre de lui de changer l'objet de son obligation, il demeure, nonobstant cette aliénation, débiteur du rapport de l'héritage en essence et espèce ; et faute par lui de pouvoir le rapporter, ne l'ayant plus, il doit rapporter l'estimation de ce qu'il vaut en l'état qu'il se trouve au temps du partage, sauf que si c'était par sa faute ou celle de ses successeurs à qui il l'a aliéné, qu'il fût détérioré, on devrait ajouter à l'estimation de l'héritage celles des dommages et intérêts résultant desdites dégradations dont il serait pareillement tenu de faire raison à la succession. — *Contrà vice versâ*, on doit sur l'estimation de l'héritage lui faire déduction des impenses nécessaires et utiles, suivant que nous l'avons expliqué ci-dessus, soit qu'elles aient été faites par lui, soit qu'elles aient été faites par ses successeurs.

Suivant ces principes, de même que si l'héritage sujet à rapport que l'enfant donataire a volontairement aliéné, se trouvait au temps du partage de plus grande valeur que le prix pour lequel il l'a vendu, soit parce que les biens-fonds seraient augmentés de prix, soit par des augmentations naturelles et intrinsèques survenues dans cet héritage, il ne suffirait pas à l'enfant d'offrir le rapport du prix pour lequel il l'a vendu ; de même *vice versâ*, si cet héritage se trouve de moindre valeur au temps du partage que le prix pour lequel il a été vendu, soit parce que les biens-fonds seraient diminués de

prix, soit par les détériorations et diminutions survenues dans cet héritage par cas fortuit, comme par incendie, inondations, etc., les cohéritiers de l'enfant obligé au rapport seront tenus de se contenter du rapport de la somme que se trouve valoir l'héritage en l'état qu'il est au temps du partage, et ne pourront pas exiger le rapport de toute la somme pour laquelle l'enfant donataire l'a vendu.

Pour la même raison, si l'héritage sujet à rapport était entièrement péri par cas fortuit, quoique depuis la vente que l'enfant en a faite, comme si c'est un pré que la rivière a emporté, cet enfant sera entièrement déchargé de l'obligation du rapport, et profitera du prix qu'il l'a vendu, sans être obligé d'en rien rapporter. Il n'est point extraordinaire en droit que le débiteur d'un corps certain profite ainsi de la perte totale de la chose par lui due.

Il reste une question de savoir si les cohéritiers à qui le rapport d'un héritage donné à leur cohéritier est dû en *essence et espèce*, peuvent évincer un tiers acquéreur à qui il l'aurait vendu ? La raison de douter est que l'enfant donataire n'ayant la propriété l'héritage qu'à la charge du rapport, il semble qu'il n'a pu le transférer à ce tiers acquéreur qu'à la même charge. Il faut néanmoins décider que les cohéritiers n'ont aucune action contre les tiers acquéreurs ; ces cohéritiers qui viennent à la succession d'un père commun, ou d'une mère commune, doivent se contenter de précompter à leur cohéritier la valeur de l'héritage qu'il a aliéné plutôt que de l'exposer à des recours de garantie, en agissant contre l'acquéreur qui a acquis de lui, *res non sunt amaré tractandæ inter perso nas conjonctas.*

Tout ce que nous avons établi jusqu'à présent sur le rapport des héritages donnés à l'un des enfants, a lieu dans les coutumes de Paris et d'Orléans, et dans celles qui n'ont point de dispositions contraires ; il y a des coutumes qui disposent autrement, et qui permettent au donataire de rapporter le prix pour lequel l'héritage lui a été donné, lorsque l'estima-

tion en a été faite sans fraude, ou le prix qu'il valait, lors de la donation. Coutume de Sens, Auxerre.

On suit pour le rapport des offices et des meubles, des principes tout différents de ceux que nous venons d'établir pour le rapport des héritages et rentes. L'enfant donataire d'un office et d'un meuble, n'est point obligé de rapporter en essence et espèce les choses qui lui ont été données, mais seulement à rapporter la somme qu'elles valaient lorsqu'elles lui ont été données, et la somme qui lui a été donnée pour s'y faire recevoir ; la raison de différence par rapport aux offices, est tirée de l'indécence qu'il y aurait à déposséder un officier, s'il était obligé au rapport de son office en essence et espèce.—A l'égard des meubles, ces choses étant de nature à se consommer, au moins à se déprécier par le temps, il n'est pas convenable que le rapport en soit dû en essence et espèce.

Le donataire d'un office ou de choses mobilières n'étant point débiteur du rapport des choses même qui lui ont été données, mais seulement du prix qu'elles valaient lorsqu'elles lui ont été données, il suit de là que ces choses sont à ses risques et non point aux risques de la succession, et que quand même elles périraient, quand même l'office serait supprimé, l'enfant ne devrait pas moins rapporter le prix qu'elles valaient, lorsqu'elles lui ont été données.

Il suit de là pareillement que le donataire ne pourrait éviter le rapport de ce prix en offrant le rapport de ces choses en essence.

De ce que l'office est aux risques de l'enfant auquel on l'a donné, il suit aussi qu'il ne peut pas demander que ses cohéritiers lui fassent raison des taxes qu'il a été obligé de payer pour cet office.

Observez que s'il était justifié qu'un père ou une mère avait porté les meubles qu'il donnait à l'un de ses enfants au-dessous de la juste valeur, les cohéritiers pourraient l'obliger à rapporter non-seulement la somme portée au contrat, mais la juste valeur ; il est néanmoins permis à un père de donner son office à son fils, pour le prix qu'il lui a coûté, quoiqu'il

ait augmenté de valeur, et qu'il se trouve d'un plus grand prix, lorsqu'il en fait la donation ; on tolère ces petits avantages, pour donner lieu aux pères de maintenir le nom de leur famille ; c'est ce qui a été jugé par l'arrêt de Tamboneau (du 4 février 1614) rapporté par Lebrun (liv. 3, ch. 6, sect. 3, No. 42).

Il suit de la raison que nous venons de rapporter, que cette décision ne doit avoir lieu que pour les charges de judicature propres à conserver l'honneur du nom du défunt ; un père ne pourrait donc pas donner de même à son fils un office de procureur ou de receveur de tailles, pour le prix qu'il lui aurait coûté, s'il valait davantage au temps de la donation. Lebrun, *ibid. in fine.*

Par la même raison, si le fils à qui le père a donné un office augmenté de prix pour le prix qu'il lui a coûté, ne s'y fait pas recevoir et le revend incontinent, il doit rapporter le prix qu'il valait lors de la donation, et pour lequel il l'a revendu.

---

* 4 *Conf. du Code, par un jurisconsulte, p.* 101-102. } Le C. *Maleville* pense que les meubles doivent être estimés suivant la valeur qu'ils ont, non au temps de la donation, mais à l'époque où la succession s'ouvre. Cette règle qui est suivie à l'égard des immeubles, doit l'être, à plus forte raison, à l'égard des meubles qui dépérissent par l'usage. Si le donateur les eût gardés, il faudrait bien les prendre dans l'état où ils se trouveraient ; c'est l'opinion de *Lebrun*, auteur très-estimé.

Le C. *Tronchet* dit qu'il est juste de suivre des règles différentes pour les meubles que pour les immeubles. Ceux-ci ne sont pas diminués par la jouissance : au contraire, l'usage est la seule jouissance qu'on puisse tirer des meubles ; et cet usage les dégrade pour le profit du donataire.

De plus, les meubles sont donnés en pleine propriété ; or *res perit domino.*

Le C. *Maleville* répond qu'on ne doit s'attacher qu'à rendre à la succession les valeurs dont elle est privée : donc le prix des meubles ne peut être calculé qu'au moment où la succession a droit de les réclamer.

Le C. *Regnaud* (de Saint-Jean-d'Angely) distingue les meubles précieux et non sujet à altération, comme les diamants, l'argenterie, des meubles qui se détériorent par l'usage. La valeur des premiers lui paraît devoir être rapportée en entier Dans le rapport des autres, il convient de supputer la détérioration qu'ils ont dû éprouver, et qui en eût diminué la valeur, quand ils seraient restés entre les mains du donateur.

L'article est adopté.

Rédaction communiquée au Tribunat.

CLI. (868). " Le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant.

" Il se fait sur le pied de la valeur du mobilier lors de la " donation, d'après l'état estimatif annexé à l'acte ; et, à défaut " de cet état, d'après une estimation par expert."

Observations du Tribunat.

(Fin du deuxième paragraphe). " D'après une estimation " par expert " ajoutez " à juste prix et sans crue." Les mots " à juste prix " n'ont pas besoin d'être justifiés, et à l'égard des mots " sans crue," voir l'observation sur l'article CVIII (825).

---

* 1 *Pothier*, *Int.*, *Tit.* 17 *Orl.*, *No.* 90 *au No.* 94 *excl.* } 90. Lorsque ce sont des meubles qui ont été donnés, comme ces choses sont de nature à se consumer ou à se déprécier par le temps, ce n'est point des choses en nature dont le rapport est dû, mais de la somme qu'elles valaient lors de la donation. —Il en est de même des offices, quoiqu'ils soient réputés immeubles : le rapport n'est pas dû de l'office en nature, mais de la somme qu'il valait lors de la donation, et de celle que le père a donnée à son fils pour les provisions et la réception. La raison est tirée de l'indécence qu'il y aurait qu'un officier

se démît de son office pour le rapporter.—Lorsque ces choses ont été données pour un certain prix, l'enfant donataire qui a bien voulu les prendre pour le prix, ne doit pas être écouté à se plaindre du prix. Au contraire les autres enfants peuvent être reçus à prouver que le prix pour lequel elles ont été données est au-dessous de sa juste valeur ; autrement, ce serait ouvrir la voie aux avantages indirects. Cette règle, néanmoins, souffre une exception à l'égard des offices. Les arrêts ont permis qu'un père pût donner à l'un de ses enfants son office pour le prix qu'il lui a coûté, quoiqu'il fût d'une plus grande valeur lors de la donation : on a toléré ce petit avantage comme un moyen qu'on laisse à des personnes de conserver la splendeur de leur famille en y conservant leur office. D'où l'on doit conclure que cette exception ne doit avoir lieu que pour des offices de magistrature, et qu'elle n'aurait pas lieu à l'égard d'un office de procureur, ou de receveur des tailles et autres semblables ; Lebrun, liv. 3, ch. 6, sect. 3, No. 42.—Il suit de ces principes que le rapport dû par un enfant donataire d'effets mobiliers ou d'un office, est invariable : car, soit que les choses qui lui ont été données soient augmentées, soient qu'elles soient diminuées, ou même totalement péries, il est toujours débiteur du rapport d'une même somme, savoir de celle qu'elles valaient lors de la donation.

91. Lorsque ce sont des héritages ou autres immeubles (si l'on en excepte les offices) qui ont été donnés, l'enfant donataire doit le rapport de la chose même en nature ; art. 306.—C'est pourquoi il doit rapporter les héritages qui lui ont été donnés, tels qu'ils se trouvent lors du partage, soit qu'ils aient souffert quelque diminution ; sauf que la succession doit lui faire raison des impenses qu'il a faites sur l'héritage, suivant les distinctions qui seront expliquées dans nos notes sur ledit art. 306 ; et il doit de son côté faire raison à la succession des dégradations et diminutions que l'héritage aurait souffertes par sa faute.—Suivant le même principe, si l'héritage donné était totalement péri sans la faute de l'enfant donataire, il serait entièrement déchargé du rapport.

[ARTICLE 725.]

92. Lorsque l'enfant a aliéné l'héritage qui lui a été donné, si l'aliénation qu'il en a faite a été volontaire, il ne doit pas le rapport du prix pour lequel il l'a vendu, mais il demeure toujours débiteur du rapport de l'héritage en nature : car il ne peut par son fait changer l'objet de son obligation. Mais comme il ne peut remplir cette obligation, n'ayant plus l'héritage, il doit rapporter le prix qu'il vaut au temps du partage, soit qu'il soit plus considérable, soit qu'il soit moindre que celui pour lequel il l'a vendu, sous la déduction néanmoins des impenses faites, soit par lui avant l'aliénation, soit par ses successeurs depuis qu'il l'a aliéné, et à la charge de faire par lui raison des dégradations faites par sa faute ou celle de ses successeurs.—C'est aussi une conséquence, que si l'héritage est totalement péri depuis qu'il l'a vendu, il est totalement déchargé du rapport. Il profite à la vérité du prix qu'il a reçu en le vendant ; mais ce profit lui vient de sa bonne fortune, et n'est pas un avantage qu'il ait aux dépens de la succession du défunt, qui ne lui a donné que l'héritage, qui, étant péri, ne se trouverait plus dans la succession du défunt, quand même il ne lui aurait pas été donné.

93. Il en est autrement lorsque l'aliénation que l'enfant a faite de l'héritage sujet au rapport a été nécessaire : en ce cas, l'obligation du rapport de cet héritage se convertit en celle du rapport de la somme pour laquelle il a été vendu ; et ce rapport est invariable, quelque augmentation ou diminution qui survienne depuis à cet héritage, et quand même il périrait totalement.—Il en est de même lorsque les rentes qui avaient été données à un enfant, lui ont été remboursées, ou qu'on lui a déguerpi malgré lui l'héritage qui en était chargé : en ce cas, l'obligation du rapport de la rente se convertit en celle du rapport de la somme de deniers ou de l'héritage déguerpi, dans lesquels se sont converties les rentes : car, si la donation ne lui avait pas été faite, il ne se serait pareillement trouvé dans la succession du défunt que les deniers du rachat, ou l'héritage déguerpi.

[ARTICLE 725.]

* 2 *Maleville, sur art.* 868 *C. N.* } Contre la disposition de cet article, on dit qu'on ne devait rendre à la succession que les valeurs dont elle avait été privée ; que si le mobilier était demeuré dans les mains du défunt, il aurait dépéri comme dans les mains du donataire ; qu'il fallait donc suivre, à l'égard du mobilier, la même règle qu'à l'égard des immeubles, et ne les estimer que suivant leur valeur à l'époque de l'ouverture de la succession.

L'article fut adopté principalement par la raison que les meubles sont donnés en propriété, et que *res perit domino.*

---

* 7 *Pand. frs. p.* 290 *à* 294. } 475. A l'égard des meubles, le rapport s'en fait suivant des principes différens.

Cependant les auteurs n'étaient point d'accord sur ce point.

Duplessis et Lebrun distinguent entre les meubles qui ne sont pas de nature à se détériorer par l'usage, comme des diamans, des effets d'or et d'argent, des perles ; et ceux qui dépérissent par l'usage et le temps, comme les vêtemens et les meubles meublans. Ils enseignent que le rapport de ceux de la première espèce doit se faire en nature ; et qu'à l'égard des autres, il ne doit être rapporté que la valeur à l'époque du partage.

Ferrière prétend que, dans tous les cas, le donataire peut rapporter indistinctement, ou les meubles en nature, ou leur valeur au temps du partage, parce qu'il a eu le droit de s'en servir pendant la vie du donateur ; et que, comme il aurait perçu les fruits d'un héritage sans être obligé de les rapporter, il a pu se servir des meubles sans être responsable de leur dépérissement.

Pothier tient que l'enfant donataire de meubles n'est jamais tenu au rapport en essence ; qu'il n'est obligé de rapporter que la valeur du meuble donné, au temps de la donation.

Le Code Civil a suivi la doctrine de M. Pothier en l'article 868. Cependant, et c'est ce qui prouve combien il était néces-

saire d'avoir une règle sur ce point, il s'en faut de beaucoup que l'on ait été d'un avis unanime au conseil, lors des discussions.

M. le président Malleville adoptant l'opinion de Ferrière, a été d'avis que l'estimation des meubles donnés ne devait se faire qu'au temps de l'ouverture de la succession.

M. Regnault de Saint-Jean d'Angely a proposé, en se tenant à la distinction faite par Lebrun et Duplessis, d'estimer les meubles qui ne se déprécient pas par l'usage, suivant leur valeur au temps de la donation, et les autres suivant leur valeur au moment de l'ouverture.

M. le Sénateur Tronchet a observé, avec cette sagacité qui le distingue, et d'après la profonde connaissance qu'il a des vrais principes du Droit, que les immeubles ne sont pas diminués par la jouissance, au lieu que l'usage est la seule manière qui puisse exister de jouir des meubles ; que cet usage les dégrade, et que cette dégradation non seulement est au profit du donataire, mais encore est son fait, et qu'il est convenu que le donataire doit tenir compte des dégradations qu'il cause à la chose donnée.

Le même magistrat a ajouté une considération également vraie dans son principe, et déterminante par ses conséquences. C'est que les meubles sont donnés en pleine propriété ; et que, suivant la maxime, *res perit domino*, le donataire doit en supporter la diminution, comme il en supporterait la perte.

Des raisons aussi tranchantes ont déterminé l'adoption de la règle de M. Pothier, qui avait déjà pour elle la jurisprudence.

Si les meubles donnés sont estimés par l'acte de donation, ce qui arrive souvent dans les contrats de mariage, il faut s'en tenir à cette estimation.

Quid, si elle était évidemment inférieure à la valeur des meubles donnés.

Il faut décider que l'enfant ne sera néanmoins tenu de rapporter que cette valeur, et qu'alors il s'ensuivra seulement que le père a voulu l'avantager du surplus ; ce que la Loi lui permet de faire.

Que si on dit que notre décision ici est contraire à ce que nous venons de dire plus haut, que la seule estimation de la chose donnée ne dispense pas du rapport de la chose même; nous répondrons que nous parlions alors des immeubles, dont le donataire, sujet au rapport, est débiteur *in specie:* qu'à l'égard des meubles dont le donataire n'est pas débiteur en essence, nous devons suivre des principes différens; que l'estimation des meubles donnés est toujours censée faite *venditionis causâ;* et que le donateur ayant la faculté d'avantager son enfant, il peut mettre à cette vente un prix moindre que celui de la chose, sans que les autres aient lieu de s'en plaindre, tant que leur légitime n'est point entamée.

---

* *C. N.* 868. } Le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant. Il se fait sur le pied de la valeur du mobilier lors de la donation, d'après l'état estimatif annexé à l'acte; et, à défaut de cet état, d'après une estimation par expert, à juste prix, et sans crue.

---

726. Le rapport de l'argent reçu se fait aussi en moins prenant dans le numéraire de la succession. En cas d'insuffisance, le donataire ou légataire peut se dispenser de rapporter du numéraire, en abandonnant jusqu'à due concurrence du mobilier ou, à défaut de mobilier, des immeubles de la succession.

726. The return of money received is also made by taking less in the money of the succession. In case of insufficiency the donee or legatee may dispense with the return of money, by abandoning a proportionate value in the moveable property, or in default of moveable property, in the immoveables of the succession.

Voy. autorités sur arts. précédents.

* 7 *Pand. frs. p.* 294 à 298. } 476. Lorsque la donation consiste en une somme d'argent, il y a peu de difficulté. Le rapport en général se fait par le donataire en moins prenant dans les deniers comptans qui se trouvent dans la succession ; ou, s'il n'y a point de deniers comptans, dans les meubles.

Que s'il n'y a ni meubles, ni deniers comptans, le donataire doit rapporter la somme en argent, s'il n'est autrement convenu entre les copartageans.

Il faut pourtant remarquer qu'il doit rapporter, non pas précisément la même somme numérativement, mais autant qu'il a reçu *non idem sed tantumdem.* Cela est évident ; car autrement le donataire rapporterait, ou plus qu'il n'a reçu, ou moins qu'il ne lui a été donné ; et dans l'un comme dans l'autre cas, il y aurait injustice et inégalité.

En conséquence, s'il y a eu variation, soit dans la monnaie, soit dans son titre, c'est le moment de la donation qu'il faut considérer, pour déterminer la somme qui doit être rapportée. Si la monnaie a été augmentée de valeur depuis la donation, le donataire ne doit rapporter que celle qu'elle avait lorsqu'il a reçu. Si elle a diminué, il doit rapporter toute celle qui lui a été donnée effectivement ; que si la monnaie n'avait qu'une valeur idéale, il doit rapporter celle réelle qu'elle avait lors de la donation.

C'est cette règle que l'on suit relativement aux dots qui ont été fournies en assignats. On oblige l'enfant doté à rapporter que la somme réelle que valaient les assignats, lors de la constitution de dot.

Il ne faudrait pas appliquer nos décisions relativement aux variations survenues dans le titre des espèces, aux cas étrangers au rapport, ainsi que nous le démontrerons sur les obligations.

477. Que faut-il décider à l'égard des rentes ? est-ce la rente elle-même qu'il faut rapporter, ou le capital ? ce capatal doit-il être rapporté entier, suivant le contrat de constitu-

tion, ou seulement suivant le cours, ou moment de l'ouverture de la succession ?

A l'égard des rentes foncières, il ne peut y avoir aucune difficulté. C'est la rente elle-même en nature qui doit être rapportée, si elle existe encore au temps du partage. Si elle a été rachetée, suivant la faculté qu'en a toujours le débiteur, c'est de la somme reçue pour le rachat que l'enfant donataire doit faire le rapport.

Il n'y a encore aucune difficulté, si le père a constitué une rente sur lui-même, sans en recevoir le capital. L'obligation du rapport opère l'extinction de la rente. L'enfant n'est pas tenu de rapporter les arrérages qu'il a reçus.

La question n'existe donc réellement que pour les rentes constituées, soit sur l'État, soit sur particuliers.

Il semble que cette question n'ait jamais donné lieu à aucun embarras, car on n'en trouve rien dans les auteurs : ni à aucune contestation, car on ne rencontre aucun arrêt qui la concerne dans les compilateurs.

Il est sûr que dans tous les endroits où l'on regardait les rentes constituées comme immeubles, il ne pouvait pas s'élever de doute. Le rapport devait être fait en nature. Dans ceux où elles étaient considérées comme meubles, l'usage était d'en faire le rapport de la même manière.

La question n'a donc lieu qu'à l'égard du Code Civil, et naît à raison de la disposition qui porte que le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant, ainsi que celui de l'argent. Comme la même Loi déclare les rentes constituées meubles, on en peut conclure que le rapport ne doit s'en faire qu'en moins prenant, d'où il suit qu'il ne faudra comprendre à la masse que le capital.

Et comme, maintenant, la valeur de ce capital n'est pas invariable ainsi qu'autrefois ; qu'il est permis d'acquérir une rente pour un prix moindre que le capital porté au contrat de constitution ; que les rentes enfin ont un cours public ; on dira que le rapport doit se faire au cours du jour de l'ouverture de la succession. De tout cela, il suivra encore que

l'enfant donataire de la rente, sera débiteur de ce rapport, quelque sort qu'elle ait eu, soit qu'elle ait péri ou non dans ses mains.

Nous pensons, contre cette opinion, qu'il faut conserver l'usage de rapporter les rentes constituées en nature.

Elles ne sont pas comprises sous le mot *mobilier* qui ne désigne que les meubles corporels, comme les bijoux, les habits, les tapisseries, livres, vaisselle, etc. Elles ne sont pas non plus comprises dans le terme argent, puisqu'une rente n'est point une somme de deniers. C'est un meuble d'une nature particulière qui ne s'use ni ne se consomme. C'est d'après le même principe que nous avons décidé que le mineur émancipé, quoique capable de disposer de ses meubles, ne pouvait pas recevoir le remboursement de ses rentes.

A l'égard des successions, il n'est pas douteux que si un père avait donné à son fils une obligation de somme exigible, et qu'elle ne fût pas encore acquittée, lors de l'ouverture, soit qu'elle ne serait pas échue, ou autrement, le rapport devrait se faire en nature; et que si le débiteur était devenu insolvable sans la faute du donataire, il ne devrait rien, parce qu'il n'aurait effectivement rien reçu.

Or, une rente constituée n'est qu'une obligation productive d'intérêts, appelés arrérages. Elle doit donc de même être rapportée en nature : en sorte que si elle périt, sans la faute du donataire, par l'insolvabilité du débiteur, il n'y a plus lieu au rapport.

Si la rente s'anéantit par le remboursement, le donataire doit rapporter le capital qu'il a reçu, parce qu'il se fait alors conversion de son obligation.

---

* *Lacombe, Vo. Rapport, s. 4, No. 1.* } 1. Suivant les loix le rapport se doit faire *boni viri arbitratu, l.* 2. § 2. *de collat.* La loi 1. § 2. et § 12. *eod.* indique les manières de rapport en espèces ; ou en moins prenant et laissant à ses cohéritiers d'autres biens de la succession, ou en donnant un

fonds, ou autre chose à proportion de ce que l'on doit rapporter, ou en déléguant une dette active de la succession.

---

* *C. N.* 869. } Le rapport de l'argent donné se fait en moins prenant dans le numéraire de la succession.

En cas d'insuffisance, le donataire peut se dispenser de rapporter du numéraire, en abandonnant, jusqu'à due concurrence, du mobilier, et à défaut de mobilier, des immeubles de la succession.

---

727. L'immeuble donné ou légué, qui a péri par cas fortuit et sans la faute du donataire ou légataire, n'est pas sujet à rapport.	727. An immoveable given or bequeathed, which has perished by a fortuitous event, and without the fault of the donee or legatee, is not subject to be returned.

---

* *ff. De coll., L.* 2, § 2. } § 2. De illis, quæ sine culpa filii emancipati post mortem patris perierunt, quæritur ad cujus detrimentum ea pertinere debeant ? Et plerique putant éa quæ sine dolo et culpa perierint, ad collationis onus non pertinere : et hoc ex illis verbis intelligendum est, quibus prætor viri boni arbitratu jubet conferri bona : vir autem bonus non sit arbitraturus conferendum id, quod nec habet, nec dolo, nec culpa desiit habere. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } § 2. Par rapport aux biens du fils émancipé qui sont péris sans sa faute depuis la mort du père, on demande qui en doit souffrir la perte ? Plusieurs pensent que les biens perdus sans fraude et sans faute ne sont point sujets au rapport : ce qui suit des termes du préteur, qui ordonne que le rapport se fera à dire de prud'hommes. Or aucun homme judicieux ne décidera qu'on doit

rapporter ce qu'on n'a pas, et ce qu'on a perdu sans sa faute et sans mauvaise foi. (ULPIEN).

---

* *ff. de cond. indeb.*, *L.* 40, § 1. } §. 1. Si pars domus quæ in diem per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommissi cedentem, et eam heres sua impensa refecerit, deducendam esse impensam ex fideicommisso constat : et si sine deductione domum tradiderit, posse condici incerti, quasi plus debito dederit. (MARCIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } § 1. Si une portion d'une maison qui a été laissée à quelqu'un par fidéicommis, pour lui être remise dans un certain temps, a été consumée par le feu avant l'échéance du terme fixé, et que l'héritier l'ait réparée à ses dépens, il pourra déduire sur le fidéicommis les dépenses qu'il aura faites ; et s'il a livré la maison sans faire cette déduction, il aura une action pour les redemander, comme ayant donné plus qu'il ne devait. (MARCIEN)

---

* *ff. de leg. et fide*, *L.* 58. } *L.* 58. Domus hereditarias exustas, et heredis nummis extructas, ex causa fideicommissi post mortem heredis restituendas, viri boni arbitratu sumptuum rationibus deductis, et ædificiorum ætatibus examinatis, respondi : (PAPINIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } *L.* 58. J'ai répondu que si une maison avait été brûlée et réparée des deniers de l'héritier qui était chargé de la remettre à quelqu'un après sa mort, elle serait rendue au fidéicommissaire, qui serait obligé de tenir compte à dire de prud'hommes des dépenses qui auraient été faites, eu égard à la qualité du bâtiment : (PAPINIEN).

---

* 2 *Chabot, sur art.* 869 *C. N.* } 1. L'argent étant meuble, le rapport qui s'en fait à la succession doit être soumis à la règle générale établie par l'art. 868 pour le rapport du mobi-

lier, et comme, d'après cette règle, le mobilier doit être rapporté sur le pied de sa valeur au temps de la donation, et non pas sur le pied de sa valeur à l'époque de l'ouverture de la succession, il en résulte que, si le prix de l'argent a éprouvé des variations, c'est toujours le prix qu'avait au moment de la donation l'argent donné, qui doit être rapporté en moins prenant.

Il faut rappeler ici que toutes les chances, même par cas fortuit, portent sur le donataire des meubles, parce qu'il en est propriétaire, et qu'ainsi les pertes et les profits sont également à son compte.

2. D'après la disposition de l'art. 869, l'héritier qui avait reçu en don une somme d'argent, en fait le rapport en l'imputant sur la part qui lui revient dans le numéraire de la succession, et, si sa part dans ce numéraire n'est pas suffisante, il a le choix, ou de fournir de ses propres deniers l'excédant, afin de conserver en nature toute sa part héréditaire, ou d'abandonner, pour cet excédant, du mobilier de la succession, et même à défaut de mobilier, des immeubles, jusqu'à due concurrence.

---

* *Lebrun, Succ., Liv.* 3, *ch.* 6, *s.* 3, *No.* 40. } 40. Que si la maison donnée est tombée de vieillesse, le donataire n'est obligé que de rapporter la place et le prix des matériaux, selon la Loy *Mulier* 20. §. *sed enim* 3. *ff. ad Senatusc. Trebell.* Et s'il l'a rebâtie, on luy doit rembourser le prix du bâtiment, eu égard au temps de la mort du donataire, selon la Loy *Divortio* 7. §. *ult. ff. solut. matrim.* où il est dit, *Planè si novam villam necessario extruxit, vel veterem totam sine culpa sua collapsam, restituerit, erit ejus impensæ petitio.* Autre chose est, si le donataire a négligé la maison, et qu'elle soit tombée faute d'entretien, ou que le feu s'y soit mis par la faute du donataire ou de ses domestiques : car il ne peut demander que la plus value du nouveau bâtiment qu'il a fait faire, et en ces rencontres on désire de luy une exactitude et un soin raisonnable, suivant les §§. 4 et 5 de la Loy *Cum res* 47 *de legat.* 1.

* *Lacombe*, *Vo. Rapport*, *No.* 2. } 2. Dans l'usage, quant aux immeubles, si le donataire les a en sa possession, il les doit rapporter en espèces, si la Coutume ne l'en dispense expressément, le Br. n. 28.

Si quelques Coutumes, comme Paris, 304 et 305, permettent de rapporter ou moins prendre, ce qui est conforme au Droit, *v. supr.* n. 1, cela n'a lieu qu'en trois cas, quand le donataire a aliéné sans fraude quand il se trouve des héritages de pareille valeur et bonté ; et quand les cohéritiers refusent le remboursement des impenses utiles et nécessaires, le Br. *eod.* n. 28.

Et dans ce dernier parti, l'estimation se fait eu égard au temps du partage, avec toute l'augmentation, déduction faite des impenses utiles et nécessaires, suivant l'estimation aussi au temps du partage, Chauny, 46. Droit comm. le Br. n. 29 et 30, mais *v.* Sens, 167. Aux. 244. Bar. 135. Anj. 261 et 364.

Et si la maison a été licitée sans fraude, le donataire ne doit rapporter que sa part du prix de la licitation, parce que c'est aliénation nécessaire, *l.* 78. § 4. *de jur. dot.* de même si elle lui a été ôtée par force majeure, le Br. n. 33. au reste il suffit de rapporter la maison si vieille qu'elle soit, mais bien entretenue, le Br. n. 34.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 725.

---

* 2 *Maleville*, *sur art.* 855 *C. N.* } Par la raison des contraires, il est sujet à rapport, s'il a péri par la faute de l'héritier, par sa négligence, ou faute d'entretien. *Lebrun*, No. 40.

---

* 7 *Pand. frs.*, *sur art.* 855 *C. N.* } 468. La donation d'un héritage, faite à un enfant par son père ou sa mère, contient la condition et la charge tacites du rapport de cet héritage en nature, dans le cas où il viendra à la succesion du donateur. L'enfant, en recevant cette donation, devient débi-

teur, dans le cas prévu, de l'héritage, en essence et espèce. *In specie.*

Il faut, en conséquence, appliquer à ce cas les principes et les règles qui concernent les obligations de corps certains. Le premier est que le corps certain qui est dû, doit être livré en l'état où il se trouve au temps du paiement. Il est aux risques et périls du créancier, qui profite aussi des augmentations et accroissements que ce corps certain dû peut acquérir. *Lucrum et periculum, circa speciem debitam spectat creditorem.* Donc, si ce corps certain périt, l'obligation est anéantie ; *obligatio speciei, extinguitur rei debitæ interritu.*

Il suit de ces principes, que l'héritage donné à un enfant, et qui doit être par lui rapporté en nature, *in specie*, est aux risques de la succession. S'il périt, pourvu, comme le dit notre article, que ce soit sans la faute, ni le fait du donataire, l'obligation de celui-ci, dont l'objet est un corps certain, est anéantie. Il ne doit plus rien. Il est libéré.

Que si c'est par sa faute que l'héritage périt, il en doit la valeur au temps où l'extinction est arrivée. Cela ne peut pas faire la matière d'une difficulté.

469. Il résulte des mêmes principes, que l'héritage dû doit être rapporté avec les augmentations et améliorations, soit naturelles, soit industrielles qui s'y trouvent lorsque le rapport s'effectue.

Si ces augmentations sont naturelles, comme une alluvion, ou autrement, elles appartiennent à la succession, sans qu'il soit dû aucune idemnité à l'enfant qui fait le rapport. En effet, comme la succession supporte les pertes, elle doit également profiter des bénéfices, suivant la maxime : *eumdem lucrum spectat, quem damnum afficeret.*

Si ce sont des augmentations industrielles qui aient été faites par le donataire, l'héritage doit à la vérité être rapporté avec ces améliorations ; mais la succession doit faire raison à l'enfant donataire qui fait le rapport, de ce qui lui en a coûté pour ces améliorations, parce qu'il ne serait pas juste

qu'elle s'enrichît à ses dépens. *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari.*

Elle n'est pas toujours néanmoins tenue de lui rembourser indistinctement toute la dépense qu'il a faite.

Il faut distinguer entre les dépenses nécessaires et celles seulement utiles.

Les dépenses nécessaires faites par l'enfant donataire sur l'héritage qu'il rapporte, doivent toujours lui être remboursées intégralement, quand même elles seraient devenues par la suite inutiles par un accident quelconque, en sorte que la succession n'en profiterait pas. Par exemple si l'enfant a fait construire un bâtiment nécessaire à l'exploitation d'une ferme, et qu'ensuite ce bâtiment soit consumé par le feu du ciel, la succession ne serait pas moins obligée, lors du rapport, de rembourser à cet enfant tout ce qu'il lui en aura coûté pour cette reconstruction, quoique le bâtiment n'existe plus. La raison est que c'était une dépense nécessaire que la succession aurait été obligée de faire elle même, si elle eût eu l'héritage en sa possession ; et que, suivant l'expression des Lois relativement aux impenses nécessaires, il suffit qu'elles aient dû êtres faites, *suficit quod ab initio utiliter gestum sit*, *licet utilitas non duraverit.* Et comme, ainsi que nous venons de le dire, elle eût été forcée elle-même de faire cette dépense, elle est censée en profiter, quoique le bâtiment n'existe plus, en ce qu'elle n'en a pas déboursé les frais. *In tantùm locupletiorem donatoris hæreditatem fecit*, *in quantùm ejus pecuniæ pepercit.*

470. A l'égard des impenses seulement utiles, la succession n'est point obligée de les rembourser intégralement à l'enfant donataire qui fait le rapport. Elle n'est tenue de lui en faire raison que jusqu'à concurrence de l'augmentation de valeur que l'héritage a acquise. Mais elle est obligée de lui tenir compte de cette plus value entière. Elle ne peut pas exercer le choix que le Code Civil accorde au propriétaire sur l'héritage duquel un tiers a fait des améliorations. L'article 861 est absolu.

Ainsi quand même l'augmentation de valeur acquise par

l'héritage rapporté, surpasserait de beaucoup les dépenses réellement faites par l'enfant donataire, il faudrait lui tenir compte de toute cette augmentation. On ne pourrait pas prétendre conserver ces améliorations en lui remboursant les frais qu'il aurait faits.

Quant aux impenses purement voluptuaires, comme elles n'augmentent point le prix de l'héritage, et qu'elles n'y ajoutent aucune valeur, la succession n'est point obligée d'en tenir compte à l'enfant donataire qui les a faites. Il lui est seulement permis d'enlever ce qui peut l'être sans détériorer, et à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état, c'est-à-dire dans celui où ils étaient lorsque les embellissemens ont été faits.

S'il a été fait sur l'héritage des impenses de plusieurs natures, il faut se conformer pour chacune d'elles aux principes que nous venons d'exposer.

L'enfant donataire qui fait le rapport de l'héritage qui lui a été donné, n'a pas le droit de réclamer les dépenses de pur entretien qu'on appelle usufruitières ; parce qu'elles sont une charge naturelle des fruits qu'il a perçus et de la joussance qu'il a eue. *Quem sequuntur commoda, eumdem sequi debent et incommoda.*

La succession n'est tenue de faire raison des dépenses faites par l'enfant donataire qu'autant qu'elle exige le rapport en nature. C'est pour cela que les lois disent que l'enfant donataire n'a que la voie de rétention pour s'en faire rembourser : c'est-à-dire, qu'il peut retenir l'héritage jusqu'à ce que ce remboursement soit fait. Si ses cohéritiers ne veulent pas subir cette obligation, il ne peut pas les forcer à accepter le rapport en nature. Alors il n'est tenu qu'au rapport de la valeur, déduction faite des dépenses ou améliorations, dont il doit toujours lui être tenu compte.

Cette règle est une suite des principes que nous avons exposés dans les notions préliminaires à la tête de ce chapitre, sur les prestations personnelles que les héritiers se doivent respectivement.

[ARTICLE 727.]

471. Lorsque l'héritage sujet à rapport a été diminué ou déprécié, sans le fait ni la faute de l'enfant donataire, il n'est tenu de le rapporter que dans l'état où il se trouve. C'est une suite de la nature de son obligation. La succession doit rapporter ces pertes, comme elle aurait profité des augmentations.

Si par exemple un fleuve a emporté des terres, si elles ont été ensablées par une inondation, si les arbres ont été abattus par les vents ou hachés par la grêle, il suffit de rapporter l'héritage dans l'état où il est. Si une maison a été incendiée, l'enfant donataire remplit son obligation en rapportant le terrain et les matériaux qui ont pu échapper aux flammes.

Que si l'incendie est arrivé par la faute des locataires, il doit rapporter les actions en dommages-intérêts qu'il a contre eux, ou les idemnités qu'il a reçues, s'il a exercé ces actions.

Toutes ces décisions dont la justice est évidente, résultent des textes de Droit, et forment la doctrine de tous les auteurs.

Que si la détérioration ou la diminution est arrivée par le fait ou la faute du donataire, comme s'il a négligé d'entretenir les bâtimens, ou d'interrompre les prescriptions, il doit indemniser la succession à dire d'experts.

472. Le rapport en espèce étant ordonné par la loi pour maintenir l'égalité, il s'ensuivait qu'il ne pouvait pas plus être au pouvoir du donateur de permettre à l'enfant donataire de retenir l'héritage donné en en rapportant la valeur, que de le dispenser entièrement du rapport ; parce que les parties ne peuvent par leurs conventions déroger à la loi. *Privatorum pactis juri publico derogari non potest.*

Quelques auteurs cependant ont prétendu que quand l'héritage donné était estimé en argent, cette estimation était faite *venditionis causâ*, et pour donner à l'enfant donataire la faculté de retenir l'héritage, en rapportant la somme à laquelle la valeur en était fixée. Plusieurs coutumes avaient adopté cette opinion, qui était d'ailleurs conforme aux principes des Lois Romaines. Elle avait été rejetée dans toutes les coutumes d'égalité qui n'avaient point de dispositions semblables.

Que doit-on décider à cet égard, suivant les principes du Code Civil ?

Il faut répondre que si le donateur ne s'est point expliqué soit par le contrat de donation, soit depuis, par un acte ou un testament, la seule estimation de l'héritage donné, faite par le donateur, ne suffira pas pour affranchir le donataire du rapport en nature ordonné ainsi par le Code Civil. Mais comme il permet au donateur de dispenser entièrement le donataire du rapport, il n'est pas douteux que ce dernier peut autoriser l'enfant donataire à ne rapporter qu'une somme d'argent, au lieu de l'héritage. Les autres héritiers ne pourraient point critiquer cette disposition, à moins que la somme fixée ne se trouvât tellement au dessous de la valeur de cet héritage que la légitime se trouvât entamée.

Alors l'héritage se trouvant vendu à l'enfant pour la somme qu'il devrait au cas que le rapport eût lieu, serait entièrement à ses risques, et s'il venait à périr, quoique sans son fait ni sa faute, il n'en devrait pas moins la somme stipulée ou fixée. Il n'aurait pas non plus le droit de demander qu'il lui fût tenu compte des augmentations ou améliorations qu'il aurait faites. C'est une suite du même principe. D'ailleurs il n'est pas alors débiteur envers la succession, d'un corps certain, mais d'une somme d'argent.

Si le donateur avait donné au donataire le choix de rapporter l'héritage même, ou une certaine somme ; et que l'héritage fût péri, n'importe par quelle cause, l'enfant devrait la somme déterminément. La raison est que, suivant les principes, quand deux choses sont dues sous une alternative, et que l'une d'elles vient à périr, l'obligation se détermine à celle qui reste ; et que le débiteur ne pourrait pas refuser de la payer en offrant le prix de celle qui n'existe plus.

173. Il est clair que l'obligation de rapporter en nature ne subsiste qu'autant que l'héritier assujéti au rapport possède encore l'héritage au temps où il doit se faire. S'il ne l'a plus, s'il l'a aliéné, il n'est pas affranchi de l'obligation de rapporter, mais il n'est pas tenu de le faire en nature. Les cohéritiers

ne peuvent pas revendiquer l'héritage contre les tiers acquéreurs.

Cela paraît d'abord contraire à la maxime que personne ne peut transférer à un autre plus de droit qu'il n'en a lui-même dans la chose qu'on lui fait passer. L'enfant donataire, peut-on dire, n'a qu'une propriété résoluble dans le cas où il y aura lieu au rapport. Donc la propriété de l'acquéreur doit se résoudre dans ce cas, suivant la règle *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Ces principes sont incontestables. Aussi ont-ils déterminé quelques anciens auteurs à dire que les cohéritiers devaient avoir le doit de revendiquer. Mais des raisons d'équité, d'humanité, ont fait admettre que, dans ce cas, les cohéritiers de l'enfant donataire qui a aliéné l'objet donné, ne pourraient pas l'exposer au recours en garantie et en dommages-intérêts auxquels leur action donnerait lieu contre lui ; et qu'ils seraient obligés de se contenter du rapport de la valeur de l'héritage donné, et aliéné depuis par le donataire.

Au reste, l'obligation du rapport a plus ou moins d'étendue en ce cas, suivant que l'aliénation a été volontaire ou forcée.

Si elle a été forcée, comme si l'on a pris l'héritage donné pour faire une rue, une place publique ou autrement ; ou si l'objet donné se trouvant indivis avec un autre copropriétaire, le donataire a été forcé de le vendre sur une demande en licitation ; il n'est tenu de rapporter que la somme qu'il a reçue.

Mais si la vente a été volontaire, comme il ne dépend pas de lui de changer la condition de ses cohéritiers par une aliénation qu'il a été libre de ne pas faire, il doit rapporter la valeur de l'héritage à l'époque de l'ouverture de la succession. C'est ce que porte le Code Civil. En cela il change quelque chose aux anciens principes, suivant lesquels le rapport devait être de la valeur au temps du partage.

On considère l'héritage comme étant toujours dans les mains du donataire. En conséquence il doit tenir compte des dégradations causées sur l'héritage par le fait ou la faute de son acquéreur ; comme aussi on doit lui faire raison des im

penses faites, même par ce dernier, suivant les principes que nous avons exposés à cet égard : c'est-à-dire des impenses nécessaires en entier, quelque chose qui soit arrivé ; et de celles seulement utiles, eu égard à ce dont la valeur de l'héritage se trouve augmentée au temps de l'ouverture de la succession.

Le Code civil dit : *au temps du partage ;* mais c'est évidemment une erreur de rédaction. Le rapport, suivant l'article 860, ne devant être que de la valeur de l'héritage au temps de l'ouverture, on ne doit tenir compte au donataire que de l'augmentation de valeur acquise à la même époque. Autrement il y aurait injustice. Si donc il a été fait par l'acquéreur des augmentations et améliorations sur l'héritage dans le temps intermédiaire entre l'époque de l'ouverture de la succession et celle du partage, il doit en être tenu aucun compte au donataire qui ne rapporte que la valeur au temps de l'ouverture.

Par une suite du même principe que l'on considère toujours l'enfant donataire qui a aliéné l'héritage donné, comme en étant en possession, en sorte qu'il continue d'être débiteur du rapport en espèce ; si l'héritage est diminué, dégradé ou même péri dans la main de l'acquéreur, sans sa faute ni son fait, c'est la succession qui en supportera la diminution ou la perte. L'enfant donataire est quitte de son obligation, sans qu'il soit tenu de rapporter le prix qu'il a reçu et dont il profite. Il n'est ni rare ni extraordinaire en Droit que le débiteur d'un corps certain profite ainsi de la perte de la chose due.

Si l'héritage aliéné qui se trouvait dégradé par cas fortuit au moment de l'ouverture, a recouvré depuis sa première valeur, qu'elle est celle que le donataire doit rapporter ?

Il n'y a point de doute, d'après le texte de l'article 860. C'est celle du temps de l'ouverture. Il ne faut faire aucune attention à l'augmentation qui peut être survenue depuis par quelque moyen que ce soit.

474. Il arrive quelquefois que la chose donnée est plutôt convertie en une autre, qu'elle n'est réellement aliénée. Dans

ce cas c'est la chose substituée à celle donnée qui doit être rapportée, pourvu que cette conversion soit faite sans la faute du donataire. Il doit rapporter cette nouvelle chose qui a pris la place de l'ancienne; et il ne pourrait pas se dispenser de cette obligation en offrant le prix ou l'équivalent de celle-ci.

Si par exemple le débiteur d'une rente foncière donnée, a déguerpi l'héritage sur lequel elle était assise, c'est cette héritage qui doit être rapporté. L'enfant donataire ne pourrait pas prétendre retenir l'héritage en offrant de continuer la rente foncière, ou de payer le prix du rachat.

La raison est, comme le dit M. Pothier, qu'étant une fois devenu débiteur de l'héritage à la place de la rente, par la conversion qui s'est faite de la rente originairement donnée, en l'héritage déguerpi, il ne peut plus dépendre de lui de changer son obligation. Les augmentations qu'à pu acquérir cet héritage depuis le déguerpissement doivent être au profit de la succession, de même que, s'il était diminué ou péri, elle en aurait souffert la perte. L'effet du rapport est de remettre les choses en l'état où elles seraient si la donation n'eût point été faite. Or, si la rente n'eût point été donnée, le déguerpissement aurait été fait au donateur, et l'héritage déguerpi se trouverait dans la succession. Donc il y doit être rapporté.

Si la conversion est arrivée par le fait ou la faute du donataire, elle ne change rien à son obligation. Il demeure toujours obligé au rapport en espèce; et faute de pouvoir le faire il doit la valeur de la chose au temps de l'ouverture de la succession.

---

* *C. N.* 855. } L'immeuble qui a péri par cas fortuit et sans la faute du donataire, n'est pas sujet à rapport.

---

728. [En fait d'immeubles le donataire ou légataire peut, à son choix, les rapporter dans tous les cas en nature ou en moins prenant d'après estimation.]

728. [As to immoveables, the donee or legatee may, at his option, return them in all cases, either in kind or by taking less according to valuation.]

Voy. autorités sur arts. précédents.

---

729. Si l'immeuble est rapporté en nature, le donataire ou légataire a droit d'être remboursé des impenses qui y ont été faites; les nécessaires, conformément aux règles établies à l'article 417, les non-nécessaires suivant l'article 582.

729. If the immoveable be returned in kind, the donee or legatee has a right to be reimbursed the expenditures made upon it; those which were necessary, conformably to the rules established by article 417, and those which were unnecessary, according to article 582.

Voy. C. C. B. C. arts. 417, 582 et autorités sur art. 725.

---

* 6 *Pothier*, *Du Contrat de Mariage*, *No.* 576 *à* 580. } 576. Ces estimations se font eu égard à la valeur des choses, au temps de l'ouverture de la succession ; bien entendu, pourvu que ce ne soit pas par la faute du second mari donataire qu'elles ont été détériorées. Par exemple, si la femme avait donné entre-vifs à son second mari un héritage, et que depuis la donation la plus grande partie des terres qui en dépendent, ait été ensablée par une inondation, ce qui en a considérable-

ment diminué la valeur ; pour juger si, et de combien, la donation excède la part d'enfant, et si, pour combien, il y a lieu à la réduction, cet héritage ne sera pas estimé eu égard à ce qu'il valait lors de la donation qui en a été faite au second mari, mais eu égard à ce qu'il vaut lors de la mort de la femme.

La raison est que le droit que l'édit donne aux enfants, est une réparation d'une partie du préjudice que la donation faite au second mari leur cause dans la succession de leur mère. L'édit ne permet pas que la donation leur préjudicie au delà de la valeur de la part de l'enfant le moins prenant dans la succession. Le préjudice que cause la donation aux enfants dans la succession de leur mère, consiste en ce que les héritages compris dans la donation, ne se trouvent pas dans la succession de leur mère, au lieu qu'ils s'y trouveraient, s'ils n'avaient pas été donnés. La valeur de ce préjudice consiste donc dans la valeur de ces héritages au temps de cette succession, qui auraient augmenté d'autant la succession, et non dans la valeur qu'ils avaient au temps de la donation ; l'estimation doit donc s'en faire eu égard à ce qu'ils valaient au temps de la succession.

Par exemple, supposons qu'au temps de la donation, l'héritage donné au second mari, eût été de la valeur de trente mille livres ; que par l'accident de l'ensablement, il se trouve réduit à la valeur de huit mille livres ; il est évident que la donation n'a pas causé aux enfants un préjudice de trente mille livres, mais seulement un préjudice de huit mille livres ; car, quand même la donation n'aurait pas été faite, l'accident de l'ensablement des terres n'en serait pas moins arrivé ; l'héritage n'en aurait pas moins été réduit à la valeur de huit mille livres. La succession ne se trouve donc privée, par la donation, que de huit mille livres.

Si c'était par la faute du donataire que l'héritage eût été dégradé, il ne devrait pas être estimé eu égard seulement à l'état de dégradation lors de l'ouverture de la succession de la donatrice, mais eu égard à ce qu'il vaudrait, si les dégra-

dations n'avaient pas été faites. Par exemple, si l'héritage qui a été donné au second mari, lequel, par les dégradations, n'est que de la valeur de huit mille livres, eût été, sans lesdites dégradations, de valeur de quinze mille livres, il doit être estimé cette somme de quinze mille livres : car, si la donation n'avait pas été faite, on doit présumer que la donatrice eût conservé en bon état son héritage, et que cet héritage se serait trouvé être dans la succession, de la valeur de quinze mille livres. La donation a donc fait en ce cas aux enfants un préjudice de quinze mille livres dans la succession.

577. *Vice versâ*, lorsque l'héritage donné au second mari a augmenté de valeur, il doit être estimé, non eu égard à ce qu'il valait au temps de la donation, mais eu égard à ce qu'il vaut au temps de la succession. Par exemple, si une femme a donné à son second mari une maison dans une petite ville, qui ne valait que trois mille livres lors de la donation, laquelle, au moyen des manufactures qui s'y sont établies, et qui y ont fait augmenter les loyers des maisons, se trouve être de valeur de cinq mille livres au temps de la mort de la donatrice, cette maison doit être estimée cinq mille livres ; car la donation fait aux enfants un préjudice de cinq mille livres dans la succession de leur mère ; puisque, si elle n'eût pas été faite, cette maison se trouverait dans la succession, et les enfants trouveraient dans la succession une valeur de cinq mille livres de plus qu'ils n'y trouvent.

578. Lorsque c'est par des impenses utiles que le donataire a faites sur l'héritage, que le prix s'en trouve augmenté lors de la mort de la donatrice l'héritage ne doit être estimé que ce qu'il vaudrait, si ces impenses n'eussent pas été faites, et qu'il eût été laissé au même état auquel il était lors de la donation ; car, si la donation n'avait pas été faite, il se serait trouvé dans cet ancien état dans la succession, et la succession n'eût été augmentée que de la valeur qu'il aurait eue étant dans cet ancien état. La donation ne fait donc préjudice que de cette valeur.

579. Lorsque ce sont des impenses nécessaires qui ont été

faites par le second mari sur l'héritage, il ne doit être estimé que sous la déduction desdites impenses : car ces impenses étant supposées nécessaires, si la donation n'eût pas été faite, la donatrice eût été obligée de les faire ; la somme qu'elle y aurait employée se trouverait de moins dans sa succession ; c'est pourquoi l'héritage n'aurait augmenté sa succession que sous la déduction de cette somme qui s'y serait trouvée de moins.

Nous n'entendons parler que des grosses impenses ; celles d'entretien sont une charge des fruits que le donataire perçoit, et il ne peut les répéter.

Voy. *Pothier*, cité sur arts. 701 et 725.

---

* *Cout. d'Orléans*, *art.* 306. } 306. Si le donataire, lors du partage, a les héritages à lui donnés en sa possession, il est tenu de les rapporter en essence et espèce, ou moins prendre en autres héritages de la succession de pareille valeur et bonté. Et faisant ledit rapport en espèce, doit être remboursé par ses cohéritiers des impenses utiles et nécessaires qu'il aura faites pour l'augmentation desdits héritages. Et si lesdits cohéritiers ne veulent rembourser lesdites impenses, en ce cas le donataire est tenu rapporter seulement l'estimation desdits héritages, eu esgard au temps que division et partage est fait entre eux, déduction faite desdites impenses. (*A. C.*, *art.* 305.)

---

* *Lacombe*, *Vo. Rapport*, *p.* 555. } 6. Quant à l'estimation des impenses sur la chose rapportée, elle doit être faite, eu égard à leur valeur au temps du partage, Bourb. 272. le Br. n. 38.

7. Si la maison a été brûlée par accident, et que le donataire l'ait rebâtie, il lui faut restituer la valeur du bâtiment, eu égard au temps du partage, *l.* 40. § 1.*de cond. indeb. l.* 58. *de*

leg. 1. le Br. n. 39. si elle est tombée de vieillesse, le donataire n'est obligé que de rapporter la place et matériaux, *l.* 20. § 3. *ad Trebell.* et s'il l'a rebâtie, on lui doit rembourser le prix du bâtiment, eu égard au temps de la mort du donateur, *l.* 7. §. *ult. solut. matrim.* le Br. n. 40. *Secùs*, si la maison est tombée faute d'entretien, ou a péri par la faute du donataire, en ce cas il ne peut répéter que la plus value du nouveau bâtiment qu'il a fait; et en ces rencontres on désire de lui un soin raisonnable, *l.* 47. § 4 et 5. *de leg.* 1. le Br. n. 40.

---

* *C. N.* 861, 862. } 861. Dans tous les cas, il doit être tenu compte au donataire, des impenses qui ont amélioré la chose, eu égard à ce dont sa valeur se trouve augmentée au temps du partage.

862. Il doit être pareillement tenu compte au donataire, des impenses nécessaires qu'il a faites pour la conservation de la chose, encore qu'elles n'aient point amélioré le fonds.

---

730. D'autre part le donataire ou légataire doit tenir compte des dégradations et détériorations qui ont diminué la valeur de l'immeuble rapporté en nature, si elles résultent de son fait ou de celui de ses ayants-cause.

Il en est autrement si elles ont été causées par cas fortuit et sans leur fait.

730. The donee or legatee must, on the other hand, account for the injuries and deteriorations which have diminished the value of the immoveable returned in kind, if they result from his own act or from that of his representatives.

This rule does not apply if they have been caused by a fortuitous event, and without his or their participation.

Voy. autorités sur arts. 725 et 729.

* 1 *Pothier*, *Int. au tit.* 15, *Des Donat.*, *Cout. d'Orl. No.* 78. } 78. Après qu'on a ainsi réglé la somme à laquelle monte la légitime de chaque enfant, pour savoir s'ils en sont remplis, on doit imputer sur la légitime de chaque enfant tout ce qu'il tient de la succession ou de la libéralité du défunt, même à titre de donations entre vifs : en quoi notre droit est différent du droit romain, qui n'imputait pas sur le légitime ce qui avait été donné entre-vifs, s'il n'avait été donné expressément pour en tenir lieu.—Observez que ce qui n'est pas sujet à rapport (*infrà*, *Introd. du tit.* 17, sect. 6, art. 3), ne s'impute pas sur la légitime ; telles que sont toutes les dépenses faites pour l'éducation d'un enfant.—Il est évident qu'on n'impute pas sur la légitime d'un enfant les biens compris dans une substitution dont le défunt a été grevé envers lui, et qu'il a recueillis à sa mort : car, il les tient de l'auteur de la substitution, et non du défunt, qui n'a été que le canal par lequel ils lui sont passés.

---

2 *Chabot*, *des Succ. sur art.* 863 *C. N.* } 1. Comme il doit être tenu compte au donataire des impenses qu'il a faites, il doit être, par les mêmes motifs, tenu compte par le donataire des dégradations et détériorations qui proviennent de ses faits.

Le donataire ne doit rendre, sans indemnité, que ce qu'il a reçu, sauf les augmentations et améliorations naturelles qui s'unissent à la propriété ; mais il doit rendre aussi tout ce qu'il a reçu, sauf les pertes, dégradations et détériorations qui n'ont pas été occasionnées par sa faute ou par sa négligence.

S'il a négligé de réparer et d'entretenir les héritages et bâtimens, et qu'il en soit résulté des dégradations et détériorations, s'il n'a pas interrompu les prescriptions pour les droits fonciers, dans tous les cas enfin où, par son fait, soit par faute, soit par négligence, la chose qui lui avait été donnée a éprouvé quelque dommage, il en doit indemniser la succession.

2. Le donataire est-il également tenu des dégradations et détériorations qui proviennent du défaut de confection *des grosses réparations ?*

L'affirmative ne me paraît pas douteuse.

On a vu, dans l'article précédent, qu'il doit être tenu compte au donataire des impenses *nécessaires* qu'il a faites, quoiqu'elles n'aient pas amélioré le fonds, et que cette disposition est fondée sur ce que le donataire, étant *tenu* de faire les impenses *nécessaires*, ne doit pas les perdre, quoique la succession n'en profite pas: or, les grosses réparations sont des impenses *nécessaires ;* il est donc tenu de les faire, et conséquemment s'il les néglige, il doit supporter la perte que cette négligence peut occasionner.

Il est vrai cependant qu'elles ne sont pas à la charge de l'usufruitier; mais le donataire n'a pas un simple usufruit, puisqu'il a droit de vendre.

L'usufruitier peut s'adresser au propriétaire pour les grosses réparations; mais à qui pourrait s'adresser le donataire? Ce n'est point au donateur, qui n'est plus réellement propriétaire, puisqu'il s'est entièrement dessaisi de la propriété par la donation; ce n'est pas aux héritiers présomptifs du donateur, puisqu'ils n'ont aucun droit sur la chose, tant que la succession du donateur n'est pas ouverte; c'est donc le donataire seul qui peut être chargé des grosses réparations, puisqu'il représente le propriétaire jusqu'à son décès, puisqu'il tient la propriété dans ses mains, et n'est tenu de la remettre qu'à l'époque de l'ouverture de la succession.

3. De la même manière que pour les impenses, les dégradations et les détériorations doivent être estimées eu égard à ce dont la valeur de l'immeuble s'en trouve diminuée à l'époque de l'ouverture de la succession. C'est toujours cette époque qui doit être prise pour la fixation des indemnités qui sont dues à la succession, comme de celles qu'elle doit elle-même.

[ARTICLE 731.]

* *C. N.* 863. } Le donataire, de son côté, doit tenir compte des dégradations et détériorations qui ont diminué la valeur de l'immeuble, par son fait ou par sa faute et négligence.

---

731. [Lorsque le rapport se fait en nature, si l'immeuble rapporté a été affecté d'hypothèques ou charges, les copartageants ont droit à ce que le donataire ou le légataire les fasse disparaître ; s'il ne le fait, il ne peut rapporter qu'en moins prenant.

Les parties peuvent cependant convenir que le rapport aura lieu en nature ; ce qui se fait sans préjudice aux créanciers hypothécaires, dont la créance est chargée au rapportant dans le partage de la succession.]

731. [When the return is made in kind, if the immoveable returned be hypothecated or encumbered, the copartitioners may require the donee or legatee to discharge it from such hypothec or incumbrance ; if he fail to do so, he can only return by taking less.

The parties may however agree that the return shall be made in kind ; this is effected without prejudice to the claims of the hypothecary creditors, which are charged in the partition of the succession to the party making the return.]

Voy. autorités sur arts. précédents.

---

7 *Pand. frs., sur art.* 865 *C. N.* } 482. La première disposition de cet article a souffert beaucoup de difficulté lors des discussions au conseil. Beaucoup de conseillers d'Etat ont prétendu qu'il fallait conserver les hypothèques et autres charges imposées par l'héritier donataire, sur l'immeuble dont il fait le rapport.

Cette opinion était conforme aux Lois Romaines qui laissaient en effet subsister, sur les héritages assignés à un copartageant, l'hypothèque dont ils avaient été grevés avant le partage par un autre cohéritier.

Mais ces lois regardaient le partage comme une véritable aliénation que chaque héritier faisait en faveur des autres, de la part qu'il avait dans les choses qui leur étaient assignées.

En France, au contraire, on a admis la maxime que chaque héritier est censé avoir succédé immédiatement au défunt dans toutes les choses qui échoient dans son lot. Cette dérogation aux principes du Droit Romain a entraîné nécessairement la conséquence générale et illimitée, que le rapport fait évanouir toutes les hypothèques créées par le donataire pendant sa jouissance.

En effet le donataire, suivant nos principes, se trouvant, si l'objet rapporté n'entre point dans son lot, n'avoir jamais été propriétaire de cette chose, il ne peut pas y avoir imposé d'hypothèques. Son droit se trouvant ainsi résolu par une cause ancienne et inhérente à la donation même (car nous avons vu qu'il s'obligeait au rapport en l'acceptant); tous les droits qu'il a pu conférer à des tiers sont résolus de même, suivant la règle *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

On ne pouvait point admettre le système de ceux qui demandaient la conservation des hypothèques, sans se mettre en contradiction avec les principes admis dans le reste de ce titre. Aussi ce système a-t-il été rejeté.

483. Mais autrefois les créanciers n'étaient point alors sans ressource. Leurs hypothèques étaient transférées de plein droit sur les autres immeubles qui tombaient au lot de l'enfant donataire qui avait fait le rapport ; et elles remontaient toujours à la date de l'acte qui les leur avait attribuées.

Dans le nouveau système qui fait dépendre l'hypothèque de l'inscription, les créanciers perdront cet avantage, parce qu'ils ne se trouveront point inscrits sur les immeubles qui pourront échoir à l'enfant donataire, au lieu de ceux qu'il aura rapportés ; et il s'ensuivra tous les inconvéniens relevés

et prévus par les conseillers d'Etat qui demandaient la conservation sur l'héritage rapporté, de toutes les hypothèques et charges imposées par le donataire.

La faculté que la seconde disposition de cet article accorde aux créanciers, d'intervenir au partage, pour veiller à ce que le rapport ne se fasse point en fraude de leurs droits, ne parera point à ces inconvéniens.

Il est certain qu'ils ne pourront point empêcher le rapport en essence, à moins qu'il ne se trouve dans la succession d'autres héritages de pareille nature, de même valeur, et en quantité suffisante pour égaliser les autres cohéritiers. Si cela n'est pas, tout l'effet de l'intervention des créanciers ne peut être que d'empêcher que l'on ne compose le lot entier du débiteur en meubles : mais ils n'y gagneront rien, puisque n'étant pas inscrits sur les immeubles qui seront compris dans ce lot, ces immeubles ne recevront pas l'impression de leurs hypothèques. Ils n'auront jamais que la ressource que nous conseillons à tous les créanciers, de s'inscrire sur tous les immeubles dépendant d'une succession à laquelle leur débiteur pourra être appelé.

Cela prouve qu'en législation toutes les parties se tiennent Le système hypothécaire qui était conforme aux idées nouvelles, ne se trouve plus en harmonie avec les anciens principes auxquels on est revenu. Il y a une dissonance qui le rend presque impraticable dans plusieurs cas, ainsi que l'expérience le prouve déjà. Le Sénateur Tronchet a bien prévu les embarras qui naîtraient du maintien de ce système ; et il y a lieu de croire que l'on sera forcé de revenir sur cette partie du Code civil.

Dans le cas dont il s'agit, par exemple, il est juste et raisonnable de conserver, en faveur des créanciers de l'enfant donataire, la subrogation qui avait lieu pour l'hypothèque, des immeubles qui tombaient dans son lot à ceux qu'il avait rapportés.

484. Que si par l'événement du partage son lot se trouve

entiérement composé de meubles et d'obligations actives, les créanciers perdent entièrement leurs hypothèques.

Ils ne peuvent point avoir en ce cas l'action révocatoire, appelée en Droit l'action Paulième.

La raison est que, comme le dit Lebrun, (Succ. liv. 3, ch. 6, s. 3) des cohéritiers qui partagent avec l'un d'eux sont de bonne foi, et qu'on ne peut pas critiquer la manière dont ils ont opéré. D'ailleurs, suivant nos principes, comme ils sont censés avoir succédé immédiatement au défunt, ils ne tiennent rien de celui qui a fait le rapport. De là vient que dans notre ancien Droit, la femme elle-même perdait son douaire sur l'immeuble rapporté.

De tout cela, il suit qu'il est très-intéressant pour les créanciers de l'enfant donataire d'être présens au partage ; et, surtout dans l'état actuel de notre législation sur les hypothèques, d'empêcher, autant qu'ils le peuvent, que le rapport se fasse en nature

---

C. N. 865. } Lorsque le rapport se fait en nature, les biens se réunissent à la masse de la succession, francs et quittes de toutes charges créées par le donataire ; mais les créanciers ayant hypothèque peuvent intervenir au partage, pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits.

---

732. Le cohéritier qui fait en nature le rapport d'un immeuble peut en retenir la possession jusqu'au remboursement effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses ou améliorations.

732. The coheir who returns an immoveable in kind may retain possession of it until he is effectively reimbursed the sums due to him for disbursements and ameliorations.

[ARTICLE 733.]

* *Ord. de* 1667. *Tit.* 27, *art.* 9. } Celui qui aura été condamné de laisser la possession d'un héritage en lui remboursant quelques sommes, impenses ou améliorations, ne pourra être contraint de quitter l'héritage, qu'après avoir été remboursé ; et à cet effet il sera tenu de faire liquider les espèces, impenses et améliorations dans un seul délai qui sera donné par l'arrêt ou jugement ; sinon l'autre partie sera mise en possession des lieux en donnant caution de les payer, après qu'elles auront été liquidées.

---

* *Rogron, sur art.* 867 *C. N.* } *Retenir la possession.* C'est un gage que la loi lui donne pour assurer le paiement de sa créance.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 725.

---

* *C. N.* 867. } Le cohéritier qui fait le rapport en nature d'un immeuble, peut en retenir la possession jusqu'au remboursement effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses ou améliorations.

---

733. Les immeubles restés dans la succession s'estiment d'après leur état et leur valeur au temps du partage.

Ceux sujets à rapport ou rapportés en nature, soit qu'ils aient été donnés ou légués, s'estiment suivant leur valeur au temps du partage, d'après

733. The immoveables remaining in the succession are estimated according to their condition and value at the time of the partition.

Those which are subject to return, or which have been returned in kind, whether they have been given or bequeathed, are to be estimated according

leur état à l'époque de la donation, ou de l'ouverture de la succession quant au legs, en ayant égard aux dispositions contenues dans les articles qui précèdent.

to their value at the time of the partition, according to the condition in which they were at the time of the gift, or, as to legacies, at the time when the succession devolved ; regard being had to the provisions contained in the preceding articles.

Voy. autorités, citées sur arts. 701 et 725 et *Lacombe*, sur art. 727.

Voy. *C. N.* 861, 862, cités sur art. 729.

---

734. Les biens meubles trouvés dans la succession et ceux rapportés, comme legs, s'estiment également suivant leur état et valeur au temps du partage, et ceux rapportés comme donnés entrevifs d'après leur état et valeur au temps de la donation.

734. The moveable things found in the succession, and those which are returned as being legacies, are likewise estimated according to their condition and value at the time of the partition, and those which are returned as having been given, according to their condition and value at the time of the gift.

Voy. autorités citées sur art. 725.

* *Lacombe, Vo. Rapport, No. 3.* } 3. Quant aux meubles qui ne diminuent par l'usage, il en est comme des immeubles ; s'ils diminuent ou se consument par l'usage, il en faut rapporter le prix, eu égard au temps du partage, à moins qu'on ne les rapporte aussi bien conditionnés qu'ils étaient lors de la donation, le Br. n. 34, et dit que dans le rapport du prix il en faut diminuer quelque portion, comme du quart, parce que ces meubles se sont usés, même en ne servant point, *v.* Anj. 243, pour le rapport des meubles.

SECTION III.

DU PAIEMENT DES DETTES.

735. L'héritier venant seul à la succession en acquitte toutes les charges et dettes.

Il en est de même du légataire universel.

Le légataire à titre universel contribue en proportion de la part qu'il a dans la succession.

Le légataire particulier n'est tenu qu'au cas d'insuffisance des autres biens, et aussi hypothécairement avec recours contre ceux tenus personnellement.

SECTION III.

OF PAYMENT OF DEBTS.

735. An heir who comes alone to the succession is bound to discharge all the debts and liabilities.

The same rule applies to a universal legatee.

A legatee by general title is held to contribute in proportion to his share in the succession.

A particular legatee is bound only in case of the insufficiency of the other property, and is also subject to hypothecary claims against the property bequeathed ; saving his recourse against those who are held personally.

---

* *Cod. de hered. act.*, *L. L. 2 et 7.* } 2. Pro hereditariis partibus heredes onera hereditaria agnoscere, etiam in fisci rationibus placuit ; nisi intercedat pignus vel hypotheca : tunc enim possessor obligatæ rei conveniendus est.

PP. 14 calend. novembriis, Æmiliano et Aquilino Coss. 250.

7. Creditores hereditarios adversus legatarios non habere personalem actionem convenit : quippe cùm evidentissimè lex duodecim tabularum heredes huic rei faciat obnoxios.

Idem. *Trad. de P. A. Tissot.* } 2. On a décidé que les héritiers doivent supporter les charges héréditaires proportionnellement à la portion qu'ils ont eue de l'hérédité, même pour les charges fiscales, à moins qu'il n'y ait un gage ou une hypothèque : car, dans ce cas, c'est le possesseur de la chose obligée qui doit être poursuivi.

Fait le 14 des cal. de novemb., Emilien et Aquilinus consuls. 250.

7. Il convient que les créanciers héréditaires n'aient aucune action personnelle contre les légataires : car la loi des douze tables ne leur donne évidemment l'action personnelle que contre les héritiers.

---

* *Cod. Si unus ex pluribus*, *L. L. 1 et 2.* } 1. Si judici probatum fuerit, unam eandemque condemnationem eorum quoque, quorum appellatio justa pronunciata est, fuisse, nec diversitate factorum separationem accipere : emolumentum victoriæ secundùm ea que sæpè constituta sunt, ad te quoque qui nec provocasti, pertinere non ignorabit.

Proposit. 14 calend. septembris........

2. Si in una eademque causa unus appellaverit, ejusque justa appellatio pronunciata est : ei quoque prodest, qui non appellaverit. Quod si ætatis auxilio unus contra sententiam restitutionem impetraverit : majori, qui suo jure non appellaverit, hoc rescriptum non prodest.

Idem. *Trad. de P. A. Tissot.* } 1. Si le juge trouve que vous soyiez dans les mêmes cas et cause, et condamnés et compris dans la même sentence que celui qui, en

ayant appelé, a obtenu qu'elle fût réformée, il veillera à ce que les avantages du gain de la cause en appel soient réversibles sur vous d'après les bases compétentes, nonobstant que vous n'ayiez pas appelé vous-même.

Fait le 14 des calend. de septembre.........

2. Lorsque l'un des condamnés appelle de la sentence commune et obtient qu'elle soit réformée, les avantages résultant du gain de la cause profitent à tous les condamnés, quoique l'appel n'ait été interjeté que par l'un d'entre eux.

Chabot, *Succ.*, *sur art.* 873.

17. Chaque héritier est tenu personnellement en sa seule qualité d'héritier, et non pas à cause des biens, de sa portion virile dans les dettes et les charges. Peu importe donc que, dans une succession *ab intestat*, il n'ait pas trouvé de mobilier, et que, par le résultat de la licitation des immeubles, il n'ait eu aucun bien. Quoique, dans ce cas, il soit présumé, conformément à l'art. 883, n'avoir jamais eu la propriété d'aucun effet de la succession, il n'en reste pas moins soumis à l'obligation personnelle d'acquitter sa portion virile des dettes et des charges, parce qu'il est héritier, parce qu'en cette qualité il représente le défunt ; et d'ailleurs, dans cette espèce, il a eu le prix de la vente, par licitation, de sa part héréditaire.

Mais lors même qu'il ne se serait réellement trouvé aucun bien dans la succession, il n'en resterait pas moins personnellement obligé, en sa qualité d'héritier, au paiement des dettes et des charges.

18. Par le même motif, qui a cédé ses droits successifs, à la charge par le cessionnaire d'acquitter sa part des dettes et des charges, n'en est pas moins personnellement obligé envers les créanciers, et les créanciers n'en ont pas moins le droit de le poursuivre et de le contraindre pour sa part et portion virile, sauf son recours contre le cessionnaire. La cession qu'il a consentie ne le dépouille pas et ne peut le dépouiller de sa qualité d'héritier.

[ARTICLE 735.]

Mais lorsqu'un héritier a cédé ses droits successifs, ou que seulement il a transmis, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, la propriété des immeubles hypothéqués, ce n'est plus contre lui que doit être dirigée l'action hypothécaire. Cette espèce d'action ne peut jamais être exercée que contre le détenteur de l'immeuble grevé de l'hypothèque.

" Il faut, disait Pothier, dans son *Traité des Successions*, chapitre V, art. IV, distinguer toujours les deux actions, et dire que, lorsque l'héritier a cessé de posséder les immeubles de la succession, il ne reste contre lui que l'action personnelle pour la part dont il est héritier, et que l'action hypothécaire cesse d'avoir lieu contre lui, étant de la nature de cette action, qui est réelle et aux fins de délaisser les héritages hypothéqués, qu'elle ne puisse avoir lieu que contre ceux qui les possèdent et peuvent les délaisser."

Lebrun, après avoir fait à cet égard une longue dissertation, dans son *Traité des Successions*, liv. IV, chap. II, sect. I, embrasse la même opinion.

L'ancienne jurisprudence y était conforme, et il résulte également des dispositions du Code civil que l'action hypothécaire, qui est l'exercice d'un droit réel sur un immeuble, qui frappe sur la chose et non sur la personne, ne peut être dirigée que contre le détenteur de l'immeuble hypothéqué.

19. Le cessionnaire de droits successifs, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, est tenu, envers le cédant, d'acquitter les dettes et charges de la succession, pour la même part et portion que le cédant en est tenu lui-même à l'égard des créanciers de l'hérédité ; les créanciers ont donc le droit, en vertu de l'article 1166, de contraindre aussi le cessionnaire à leur payer la part et portion virile des dettes, et le cessionnaire s'y trouve personnellement obligé, même *ultra vires*, puisqu'il ne peut devoir moins que le cédant qu'il représente et que celui-ci s'est rendu héritier pur et simple, aux termes de l'art. 780 en consentant la cession.

Mais, lorsque la cession, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, n'est faite qu'à titre *singulier*, et lors même qu'elle

comprendrait réellement tous les biens héréditaires, si elle n'est pas une cession générale et illimitée des droits successifs, du droit entier à la succession, le cessionnaire, qui ne se trouve, en ce cas, propriétaire que des biens dénommés dans la cession, mais non pas de tous les droits successifs, et qui, en conséquence, ne représente pas l'héritier, n'est pas tenu des dettes et des charges de la succession, à moins qu'il n'en ait été expressément chargé par la cession, et d'une manière indéfinie, pour autant que le cédant lui-même en est tenu.

Mais toujours ce cessionnaire est soumis à l'action hypothécaire, à raison des immeubles hypothéqués qui ont ét compris dans la cession.

20. Du principe que chacun des cohéritiers n'est tenu personnellement des dettes et charges de la succession, que pour sa part et portion virile, il résulte encore que, si l'un d'eux est en même temps créancier de la succession, il ne se fait dans ses mains une *confusion* de sa créance, que pour la part et portion dont il en est tenu comme héritier ; en sorte que, s'il n'est héritier que pour un quart, il a le droit d'exiger contre chacun des trois autres héritiers le quart de sa créance.

Il pourrait même contraindre hypothécairement, pour les trois quarts, celui des cohéritiers qui serait détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette ; mais il ne pourrait le contraindre au paiement de la totalité, puisqu'il est lui-même, en sa qualité d'héritier, débiteur d'un quart de sa créance.

Il aurait également le droit de former l'action personnelle et l'action hypothécaire contre le légataire à titre universel, mais toujours en confondant sa part.

Il pourrait même, s'il avait droit à la réserve légale, exiger sans confusion la totalité de sa créance contre le légataire universel, puisqu'il n'aurait pas sa réserve entière, s'il perdait, par la confusion, une partie de sa créance personnelle. Dans ce cas, sa créance, comme toutes les autres, devrait être d'abord acquittée sur la masse de la succession, et il prendrait ensuite sa réserve sur ce qui resterait de biens, après la déduction de toutes les autres dettes et charges, conformément à l'art. 922.

Vice versa, s'il était lui-même légataire à titre universel et par préciput, il confondrait, non-seulement sa part comme héritier, mais encore sa part comme légataire ; et s'il était légataire universel, il confondrait sa créance en proportion de ce qu'il prendrait dans la succession, pour donner aux autres héritiers, ayant droit à la réserve légale, leur légitime entière sur la masse de l'hérédité.

21. L'art. 802 contient, en faveur de l'héritier bénéficiaire, une exception à la règle énoncée au numéro précédent. Il dispose que l'un des effets du bénéfice d'inventaire est de donner à l'héritier l'avantage de conserver, contre la succession, le droit de réclamer ses créances.

Ainsi, l'héritier bénéficiaire a le droit de prendre sur la masse de la succession, comme ferait un étranger, sa créance entière, sans être tenu d'en confondre ou déduire sa portion virile comme héritier.

Cependant si, après le paiement de toutes les dettes et charges de la succession, il reste des biens libres à partager entre les héritiers, il est évident qu'*en fait* l'héritier bénéficiaire souffre confusion d'une partie de sa créance, puisque le prélèvement de sa créance entière a diminué d'autant la masse de la succession à laquelle il est appelé à prendre part.

Mais, si la succession se trouve mauvaise, il a le droit de concourir avec tous les autres créanciers, pour la totalité de sa créance, sans déduction d'une portion virile, comme héritier. S'il se trouve en rang utile dans l'ordre hypothécaire, il prend la totalité de ce qui lui est dû, avant les créanciers chirographaires ; et, comme tous les autres créanciers, il a l'action personnelle et l'action hypothécaire contre les héritiers purs et simples.

22. La contrainte par corps, qui avait été prononcée par jugement contre le défunt (art. 2067), ne peut être exercée contre aucun de ses héritiers ou représentants. *Ob æs alienum servire liberos creditoribus jura compelli non patiuntur. L.* 12, *C. de obligat.* (Lib. 4, tit. 10.)

La condamnation qui prononce la contrainte par corps,

disait Bourjon, est personnalissime ; ainsi, elle s'efface par la mort de celui qui y était assujéti.

23. Quant aux obligations qui peuvent résulter de crimes, de délits ou de quasi-délits, commis par le défunt, il faut distinguer, à l'égard des héritiers, celles qui tiennent à l'action publique et celles qui tiennent à l'action civile.

L'action publique pour l'application des peines s'éteignant par la mort du prévenu ou de l'accusé, il s'ensuit qu'il n'y a que l'action civile, pour la réparation du dommage causé par les crimes, délits ou quasi-délits, qui puisse être exercée contre les héritiers. (Art. 2 du Code d'instruction criminelle.)

Ainsi, on ne peut, à raison des crimes, délits ou quasi-délits commis par le défunt, faire prononcer contre les héritiers des amendes, parce qu'elles tiennent à l'action publique. Seulement, les parties lésées peuvent exercer contre les héritiers l'action en réparation du dommage qu'elles ont éprouvé.

24. L'héritier, qui décède avant d'avoir acquitté les dettes et les charges de la succession, transmet ses obligations à ses propres héritiers. Ce qui était, pour lui, une dette ou une charge de la succession qu'il a recueillie, devient pareillement, pour ses héritiers, dette ou charge de sa succession propre. C'est toujours le même principe à l'égard des uns et des autres.

Ainsi, l'action personnelle qui pouvait être exercée contre lui, ou qui même l'avait déjà été, se divise entre ses héritiers, et chacun d'eux n'est tenu de la part qui était due par l'héritier décédé auquel il succède, que pour la part et portion qu'il prend dans la succession de cet héritier, en sorte que, si celui-ci était tenu d'un sixième des dettes et charges de la succession qui lui est échue, et qu'il ait laissé deux héritiers égaux en droits, chacun de ces héritiers ne doit personnellement qu'une douzième portion des dettes et charges de la succession échue à leur auteur.

Quant à l'action hypothécaire, elle suit toujours les détenteurs des immeubles hypothéqués, et en conséquence il suffit que l'un des deux héritiers possède un immeuble hypothé-

qué à une dette de la première succession, pour qu'il puisse être poursuivi hypothécairement pour la totalité de la dette.

---

* *Cout. de Paris, arts.* 332-3-4. } Art. 332. Les héritiers d'un défunt en pareil degré, tant en meubles qu'immeubles, sont tenus personnellement de payer et acquitter les dettes de la succession chacun pour telle part et portion qu'ils sont héritiers d'icelui défunt, quand ils succèdent également.

Art. 333. Toutefois s'ils sont détempteurs d'héritages qui ayent appartenu au défunt, lesquels ayent été obligez et hypothequez à la dette par ledit défunt, chacun des héritiers est tenu de payer le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers.

Art. 334. Et quand ils succèdent, les uns aux meubles, acquêts et conquêts, les autres aux propres, ou qu'ils sont donataires ou légataires universels, ils sont tenus entr'eux contribuer au payement des dettes, chacun pour telle part et portion qu'ils en amendent. En quoi ne sont compris les aînez en ligne directe, lesquels ne sont tenus des dettes personnelles, en plus que les autres cohéritiers pour le regard de leur dite aînesse.

---

* *Cout. d'Orl.* art. 360.—Semblable à 334 *C. de Paris.*

---

* 3 *Laurière, sur art.* 332, *C. de P.* } On demande, à l'occasion de cet article, si l'héritier sous bénéfice d'inventaire, est un véritable héritier. *Curtius, lib.* 1 *conjecturalium, tom.* 1, a soutenu que non. *Disputant multi an is qui delatam sibi hereditatem, nisi inventario quod vocant munitus sit, non ausus est adire, proprie heres dicatur? Mihi non videtur, quia cum Priscus solvendo esse hereditatem dixerit, quæ heredem habet, Leg. libertus* 36, *D. de bonis libertorum. Evidens, et apertum est heredem tunc* KURIOS *et* AKÈMATISTOS *videri non posse, quem cogere non possis ut solidum* APAITÈTOS *exsolvat. Quo admisso*

quis eam hereditatem solvendo esse dixerit. Chasseneux sur la Coutume de Bourgogne au titre *des Retraits*, § 1, in verbo *son héritage*, a été de cet avis.

Il est vrai que l'on peut dire qu'un tel successeur n'est pas un héritier aussi parfait qu'un héritier pur et simple. Mais cela n'empêche pas qu'il ne soit un véritable héritier, ainsi que le tient du Molin sur l'article 30 de l'ancienne Coutume de Paris, nombre 119. Et *Phanuctius de inventario*, dans le *Recueil des Traités du bénéfice d'inventaire*, o. 242, a été de cet avis, auquel le Lecteur aura recours.

On demande si l'héritier sous bénéfice d'inventaire, peut renoncer à cette qualité, et se porter douairier. Les anciens Commentateurs de la Coutume, et entre les nouveaux, *Auzannet*, ont soutenu que non ; et leur raison qui est bonne, est que par l'article 251, *nul ne peut être héritier et douairier*, sans distinction de l'héritier *pur et simple*, ou de l'héritier *sous bénéfice d'inventaire.*

Le Brun et quelques nouveaux Commentateurs ont prétendu que l'héritier bénéficiaire pouvait en renonçant revenir au douaire, et leur raison est que l'héritier bénéficiaire ne confond point ses actions particulières. Mais comme celui qui est une fois héritier ne peut avoir aucune action pour son douaire, puisqu'il ne peut avoir de douaire, il n'y a nulle raison d'agiter la question de savoir *s'il confond* ou s'il ne confond pas une action qu'il n'a pas. *Voyez* ce qu'on a remarqué sur l'article 251.

---

* *Pothier*, *Succ.*, *ch.* 5, *art.* 11, § 1. } Les personnes qui sont tenues des dettes et charges d'une succession, et qui y contribuent, sont les héritiers, tout ceux qui sont à leurs droits, les donataires universels, les légataires universels, et tous successeurs universels tels qu'ils soient.

§ 1. *Des Héritiers.*—Les héritiers, par leur qualité d'héritiers, succèdent à tous les droits tant actifs que passifs du défunt, et par conséquent, à toutes les obligations du défunt, à toutes les dettes.

[ARTICLE 735.]

Lorsqu'un défunt laisse différents héritiers à différentes espèces de biens, comme tous succèdent à la personne du défunt et la représentent, ils succèdent tous aux dettes et obligations personnelles du défunt telles qu'elles soient.

A l'exception de quelques coutumes, telles que celles d'Auvergne, on ne considère ni la cause, ni l'origine des dettes; on considère bien dans l'actif d'une succession l'origine d'où les biens immeubles procèdent, mais on ne considère point ni la cause, ni l'origine du passif des successions.

De ce principe naît la décision des questions suivantes.

Une personne a laissé dans sa succession un héritage qu'il a acheté, et dont il doit le prix, et il laisse un héritier au meubles et acquêts, et un autre héritier aux propres, celui-ci sera-t-il tenu pour sa part héréditaire de la somme qui est due pour le prix de l'acquêt auquel il ne succède point, ou de la rente constituée pour ce prix?— Sans doute; car, suivant notre principe, on ne considère point quelle est la cause des dettes; il suffit que le défunt ait laissé cette dette dans sa succession pour que tous ses héritiers en soient tenus.

P. 202.—La règle que nous avons établie "que tous les héritiers du défunt succèdent à toutes les dettes telles qu'elles soient, reçoit deux limitations."

La première est, que la dette d'un corps certain que le défunt a laissé n'est due que par ceux qui y succèdent, et non par les héritiers qui succèdent à d'autres espèces de biens. La raison est que, de même que le défunt aurait cessé d'être tenu de la dette de ce corps certain, s'il eût cessé, sans son fait et sans sa faute, de le posséder, de même ceux de ses héritiers qui ne le possèdent point, qui n'y ont point succédé, ne peuvent être tenus de cette obligation. Il ne peut y avoir que ceux qui ont succédé qui en puissent être tenus.

De ce principe naît la décision de la question suivante:— Une personne a vendu pour 10,000 livres à un marchand de bois la coupe d'une futaie sur un de ses propres paternels, et est mort avant que le bois ait été coupé et le prix payé, laissant un héritier au mobilier, et un héritier aux propres pa-

ternels, lequel de ces deux héritiers est-il tenu de l'obligation de livrer la futaie que le défunt a vendue, et auquel des deux héritiers la somme de 10,000 livres convenue pour le prix, est-elle due ? Il faut décider que c'est l'héritier aux propres qui est seul tenu de l'obligation de livrer la futaie, et de la laisser couper par le marchand, puisque c'est lui seul qui a succédé à cette futaie qui est encore sur pied sur l'héritage propre auquel il a succédé ; à l'égard des 10,000 livres dues pour le prix convenu du marché de la futaie, elles ne sont pas dues à l'héritier aux propres qui est tenu de livrer la futaie, mais à l'héritier au mobilier ; car ces 10,000 livres ont commencé d'être dues au défunt dès que le marché a été conclu, quoique la futaie vendue ne fût pas encore livrée. (1)

Que si le défunt était débiteur d'un corps certain qu'il n'eût pas laissé dans sa succession, parce qu'il se serait témérairement engagé à livrer ce corps certain qui ne lui appartenait point et qu'il ne possédait point, soit parce qu'il aurait cessé de le posséder par son fait en l'aliénant ou en le laissant périr par sa faute ; en ce cas il n'est pas douteux que tous ses différents héritiers aux différentes espèces de biens succéderaient à cette obligation du défunt.

La seconde limitation est que, dans plusieurs coutumes, telles que celles de Blois, de Tours, celui qui succède au mobilier est seul chargé des dettes mobilières, c'est une suite de l'ancien esprit de notre droit coutumier ; cet esprit étant de conserver, autant qu'il était possible, les héritages dans les familles, on ne permettait pas d'entamer les héritages pour les dettes, tant qu'il y avait du mobilier pour les acquitter ; c'est pourquoi, avant l'ordonnance de 1539, les créanciers ne pouvaient saisir les héritages pour être payés de leurs créances avant la discussion des meubles. Pareillement ceux qui succédaient aux héritages n'étaient point tenus des dettes tant qu'il y avait du mobilier pour les acquitter, le genre de *bien*

(1) Cette décision devrait être suivie si le défunt avait légué à l'un ses meubles et à l'autre ses immeubles. (BUGNET).

mobilier peu considéré dans notre ancien droit, étant destiné pour les acquitter.

P. 204.—Tous les héritiers sont aussi tenus de toutes les charges de la succession, tels que sont les frais funéraires, les frais d'inventaire, les legs ; car il est naturel que tous ceux qui prennent part à la succession prennent part à ses charges.

Il faut excepter de cette règle la plupart des coutumes qui chargent le mobilier de l'acquittement des dettes mobilières ; car ces mêmes coutumes le chargent aussi des frais funéraires, quelques-unes même le chargent aussi de l'exécution du testament du défunt ; ce qui ne doit s'entendre que de l'acquittement des legs de sommes modiques, et à une fois payer.

La règle que tous les héritiers sont tenus des legs, souffre encore exception, à l'égard des legs d'un corps certain, que le défunt a laissé en sa possession ; car ces legs d'un corps certain, comme il a été observé ci-dessus, ne sont dus que par ceux qui succèdent à ce corps certain.

Lorsque le défunt a laissé différents héritiers à différentes espèces de biens, et qu'il a chargé de la prestation de quelques legs les héritiers à une certaine espèce de biens nommément, les héritiers aux autres espèces de biens ne seront point tenus desdits legs.

Que s'il avait chargé l'un de ses héritiers à une espèce de biens, de la prestation de quelques legs, quand même il aurait ordonné expressément qu'il ne voulait point que les autres en fussent tenus ; les autres devraient y contribuer pour leurs portions héréditaires dans les coutumes qui, comme celles de Paris et d'Orléans, ne permettent pas qu'un des héritiers soit plus avantagé que les autres dans les biens d'une succession qu'ils partagent ensemble ; car ce serait un vrai avantage que ceux qui ne seraient pas chargés du legs, auraient au-dessus de celui qui en serait chargé, s'ils n'étaient point obligés d'y contribuer avec lui.

Lorsqu'il y a différents héritiers à différentes espèces de biens, les différents partages de ces différentes espèces de biens et les procédures qui y tendent, telles que celles des es-

timations, etc., sont des charges particulières de la succession particulière de chacune de ces espèces de biens, plutôt que des charges générales de la succession ; c'est pourquoi ils ne doivent être portés que par ceux qui succèdent à cette espèce particulière de biens.

A l'égard des frais d'inventaire, ils doivent être partagés par tous les héritiers, parce qu'ils servent à régler la contribution aux dettes qui est à faire entre tous les héritiers.

---

* 1 *Pothier*, *Int. tit.* 17 *Orl.*, *Nos.* 108, 126. } 108. L'héritier est tenu des dettes du défunt pour le total, lorsqu'il est l'unique héritier : lorsqu'ils sont plusieurs, ils en sont tenus chacun pour la part dont il est héritier.—Ils en sont tenus non-seulement parce que les dettes sont une charge des biens, mais parce qu'un héritier est essentiellement le successeur à tous les droits actifs et passifs du défunt, et par conséquent à toutes ses obligations et à toutes ses dettes.

126. Les autres charges des successions sont, 1o. les *frais funéraires.* Tous les héritiers des différentes espèces de biens sont tenus de ces frais pour la même part pour laquelle ils sont tenus des dettes. Les créanciers de ces frais peuvent demander le total de ce qui leur est dû pour ces frais à celui qui a commandé en son nom de les faire, quoiqu'il ne soit héritier qu'en partie, ou même qu'il ne soit pas héritier, ou qu'il ait renoncé à la succession, sauf son recours contre les autres héritiers qui en sont tenus ; pour lequel recours il a un privilège sur les biens de la succession avant tous les créanciers. —2o. Les *legs* sont aussi une charge de succession ; *V.* sur ce l'*Introd. au tit. précéd.*, sect. 6 ;— 3o. Les *frais d'inventaire* sont une charge des successions, qui paraît ne devoir concerner que ceux des héritiers et autres successeurs universels qui succèdent au mobilier. Les héritiers aux propres n'en doivent pas être tenus, si ce n'est pour la partie de l'inventaire qui concerne la description des titres de leurs propres.—Les scellés ayant pour objet la conservation des titres aussi bien que

celle des meubles, les héritiers aux propres y doivent contribuer.— Lorsqu'il y a différents héritiers à différentes espèces de biens, les frais de partage de chaque espèce particulière de biens et ceux qui se font pour y parvenir, doivent être portés par les seuls héritiers qui y succèdent : mais l'acte de liquidation de la part que chacun des héritiers doit porter dans les dettes, doit se faire aux frais de tous les héritiers.

---

* 1 *Pothier*, *Int. au tit.* 16 *Orl. Des Test. et Donat. test.*, *Nos.* 2 *et* 4. } 2. On divise les donations testamentaires en *directes*, qu'on appelle *legs*, et en *fidéicommissaires*, qu'on appelle *substitutions*.— Les *legs* sont des donations testamentaires que le testateur fait à quelqu'un directement.—Les *substitutions* sont des donations testamentaires par lesquelles le testateur laisse à quelqu'un ses biens, ou des choses particulières, par l'interposition d'une autre personne qu'il charge de les lui restituer dans un certain temps ou lors d'une certaine condition.

4. Les donations testamentaires, soit directes, soit fidéicommissaires, se divisent encore en *universelles* et *particulières*.— Les *legs universels* ou *substitutions universelles* sont les dispositions par lesquelles le testateur donne à quelqu'un l'universalité de ses biens, ou une quotité, comme la moitié, le tiers, le quart, le douzième, le centième, quelque autre partie aliquote que ce soit.—Comme on divise les biens en *biens meubles* et *biens immeubles*, biens *acquêts* et biens *propres*, biens *propres d'une telle ligne*, les dispositions que fait le testateur de l'universalité de quelqu'une de ces espèces de biens, ou d'une quotité de quelqu'une desdites espèces, sont aussi réputées dispositions universelles.— Tous les autres legs ou substitutions sont des legs particuliers ou substitutions de chose particulière, quand même le legs serait d'un certain héritage qui serait le seul immeuble qui appartînt au testateur, le legs étant fait *tanquam certi corporis*, *et non per modum universitatis*.

---

* *C. N.* 870. } 870. Les cohéritiers contribuent entre eux au
" 871. } paiement des dettes et charges de la succession, chacun dans la proportion de ce qu'il prend.

871. Le légataire à titre universel contribue avec les héritiers, au prorata de son émolument ; mais le légataire particulier n'est pas tenu des dettes et charges, sauf toutefois l'action hypothécaire sur l'immeuble légué.

---

736. S'il y a plusieurs héritiers ou plusieurs légataires universels, ils contribuent à l'acquittement des charges et dettes chacun en proportion de sa part dans la succession.

736. If there be several heirs or several universal legatees, they contribute to the payment of the debts and charges, each in proportion to his share in the succession.

Voy. autorités sur art. 735.

---

737. Le légataire à titre universel, venant en concours avec les héritiers, contribue aux charges et dettes dans la même proportion.

737. A legatee under general title, who takes concurrently with the heirs, contributes to the debts and charges in the same proportion.

Voy. autorités sur art. 735.

---

738. L'obligation résultant des articles précédents est personnelle à l'héritier et aux légataires universels ou à titre universel ; elle donne contre chacun d'eux respectivement une action directe aux légataires particuliers et aux créanciers de la succession.

738. The obligation resulting from the preceding articles is personal to the heir and universal legatees, or legatees under general title ; it gives a direct action, against each of them respectively, to the particular legatees and to the creditors of the succession.

Voy. autorités sur art. 735.

---

* 1 *Pothier*, *Donat. test.*, *sec.* 6, *art.* 2, *Nos.* 76, 77. } 76. L'héritier, en acceptant la succession, s'oblige *ex quasi contractu*, envers les légataires et fidéicommissaires, à la prestation des legs et fidéicommis dont il est grevé envers eux ; et de cette obligation naît l'action personnelle *ex testamento* qu'ont les légataires et fidéicommissaires pour en être payés. —Cette acceptation de la succession ayant un effet rétroactif au temps du décès, l'obligation qui en résulte a le même effet rétroactif ; et, en conséquence, l'action *ex testamento* qui en naît, est censée acquise dès ce temps aux légataires, lorsque leur legs n'est suspendu par aucune condition.

77. Lorsque le testateur n'a grevé nommément personne de la prestation du legs, si le legs est d'un corps certain dépendant de la succession, il n'y a que les héritiers qui succèdent au genre de biens dans lequel se trouve la chose léguée, qui en soient tenus ; et ils le sont chacun pour la part pour laquelle ils y succèdent. Lorsque le legs n'est pas d'un corps certain dépendant de la succession, mais ou d'une somme d'argent, ou d'une chose indéterminée, ou d'un corps certain qui appartient à un tiers, tous les héritiers en sont tenus, cha-

cun pour la part qu'il a en la succession ; et cette action doit se donner contre chacun d'eux pour la part dont il en est tenu ; (L. 33, ff. *de Legat.* 2o) ; à moins qu'il ne parût que le testateur ait voulu qu'ils en fussent tenus solidairement.

---

* 8 *Pothier*, *Succ.*, *ch.* 5, *art.* 3, § 1. } Les *donataires et légataires universels* sont ceux qui sont donataires ou légataires, non de choses particulières, mais de l'universalité des biens d'une personne, soit du total, soit d'une quotité, comme de la moitié, du tiers, du quart, du dixième des biens, etc.

Quelque petite que soit la quotité dont une personne est donataire ou légataire, fût-ce de la vingtième ou trentième partie, dès que le don ou legs n'est point de choses particulières, mais d'une quotité, comme lorsqu'on a donné ou légué en ces termes, *la vingtième partie*, *la trentième partie de mes biens*, un tel donataire ou légataire est *donataire universel*, *légataire universel*.—Au contraire, le donataire ou légataire de certaines choses, comme d'*une telle terre*, d'*une telle maison*, n'est qu'*un donataire* ou *légataire particulier*, quand même ces choses composeraient plus des trois quarts du patrimoine du donateur ou testateur.

Non-seulement les donataires ou légataires de l'universalité générale des biens, ou d'une quotité de cette universalité générale, sont donataires ou légataires universels, on répute aussi pour tels les donataires ou légataires d'une espèce particulière de biens, ou d'une quotité de ces biens ; par exemple, le donataire ou légataire des meubles ; du tiers, du quart ou d'une autre portion des meubles, le donataire ou légataire des acquêts, le donataire ou légataire de la moitié ou du quart des propres d'une telle ligne, sont des *donataires* ou *légataires universels*.

Mais si je donnais ou léguais à quelqu'un *tous mes bois*, ou *tous mes prés*, ou *toutes mes maisons de ville*, tel donataire ou légataire ne serait pas un donataire ou légataire universel ; les prés, les bois, les maisons de ville, sont des espèces d'héri-

tages, non pas des espèces et genres de biens ; car on divise les biens en biens meubles et immeubles, en acquêts et propres, en propres de telle ou telle ligne, mais jamais on ne s'est avisé de penser que les biens se divisent en prés, en bois, en vignes, en maisons, etc.

Observez aussi que si le testateur *a légué un certain héritage à une personne*, quoique cet héritage soit l'unique immeuble qu'il ait, ou le seul propre, le legs n'est pas néanmoins un legs universel, comme il le serait s'il avait été fait *per modum universitatis*, comme s'il avait dit, *je lègue mes biens immeubles, je lègue mes propres.*

Les donataires ou légataires universels d'une personne, sont tenus de ses dettes ; la raison en est évidente ; ces donataires et légataires sont donataires ou légataires des biens ou d'une quotité des biens : or, selon les notions communes, les biens renferment la charge des dettes, *bona non intelliguntur nisi deductoære alieno.*

Par conséquent on ne peut être donataire et légataire universel de quelqu'un qu'on ne soit tenu de ses dettes.

Le donataire universel des biens présents d'une personne est tenu des dettes qui étaient déjà contractées lors de la donation, et non de celles que le donateur aurait contractées depuis ; car les *biens présents* ne renferment que la charge des dettes présentes, et il ne doit pas être au pouvoir du donateur de diminuer l'effet de sa donation, en contractant depuis des dettes ; ce serait donner atteinte à l'irrévocabilité, qui fait le caractère des donations entrevifs.

Le donataire des biens présents ne doit pas non plus être tenu des frais funéraires du donateur, s'il a laissé d'autres biens sur lesquels ils puissent se prendre ; car ils doivent plutôt se prendre sur ces biens qui appartenaient au défunt, et sont de la succession, que sur ceux qui ont cessé de lui appartenir par la donation qu'il en a faite.

Que si le donateur n'avait point laissé d'autres biens que ceux qu'il a donnés, l'humanité et la reconnaissance que doit

le donataire au donateur, exigent que ces frais se prennent sur les biens qu'il a donnés.

Le donataire des biens que le donateur laissera lors de son décès, ou d'une quotité de ces biens, est tenu, pour la part dont il est donataire, de toutes les dettes qui se trouvent lors du décès du donateur, et des frais funéraires ; car *les biens qu'il laissera lors de son décès*, renferment la charge de toutes ses dettes et des frais funéraires.

Mais il ne sera pas tenu des legs ; car il ne doit pas être au pouvoir du donateur de diminuer l'effet de sa donation par des legs.

Les légataires universels sont tenus, pour la part dont ils sont légataires, tant des legs que des dettes et autres charge de la succession ; ils ne sont légataires que de ce qui reste après toutes les charges acquittées.

A l'égard des légataires de choses particulières, quand même les choses qui leur seraient léguées feraient les trois quarts et demi de son patrimoine, ils ne sont tenus en rien des dettes du défunt, ni des autres charges de sa succession ; car ces choses particulières ne renferment point la charge des dettes, *onus æris alieni non singularum rerum, sed universi patrimonii onus est.*

Ils peuvent néanmoins quelquefois en être indirectement tenus, en ce que si le défunt a légué plus qu'il ne lui restait de biens disponibles après les dettes acquittées, on peut répéter contre les légataires ce qu'ils ont reçu de plus qu'il n'était permis au testateur de léguer ; et, à cet effet, tous les legs particuliers doivent souffrir une diminution au sol la livre.

Suivant le même principe, *que les biens renferment la charge des dettes*, tous ceux qui succèdent, à quelque titre que ce soit, aux biens d'une personne comme à des biens vacants, tels que le roi ou les seigneurs qui succèdent aux biens d'un défunt par droit de confiscation, bâtardise, déshérence, aubaine, sont tenus de la succession de ce défunt, et de toutes les autres charges de ses biens.

Il en est de même d'un abbé ou monastère qui succède au pécule de son religieux.

Pour que les légataires et donataires universels, les successeurs à titre de déshérence, et autres qui succèdent aux biens plutôt qu'à la personne, ne soient tenus des dettes que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils ont succédé, il faut qu'ils en aient fait constater la quantité par un inventaire, ou quelque autre acte équivalent ; s'ils s'en sont mis en possession sans cela, et qu'ils aient disposé des biens, ils seront tenus indéfiniment des dettes, et ils ne seront pas reçus, pour s'en décharger, à offrir d'abandonner et de tenir compte des biens, s'étant mis par leur faute hors d'état d'en pouvoir constater la quantité, c'est le sentiment commun, duquel s'écarte Ricard (*Traité des Dispositions conditionnelles*, ch. 4, sect. 1, Nos. 112 et suiv.), qui prétend que, même en ce cas, ils doivent être reçus à l'abandon, et à justifier par enquêtes de commune renommée, la quantité des biens ; ce sentiment ne doit pas être facilement suivi.

---

* *C. N.* 873. } Les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part et portion virile, et hypothécairement pour le tout ; sauf leur recours, soit contre leurs cohéritiers, soit contre les légataires universels, à raison de la part pour laquelle ils doivent y contribuer.

---

739. Outre cette action personnelle, l'héritier et le légataire universel ou à titre universel, sont encore tenus hypothécairement pour tout ce qui affecte les immeubles tombés dans leur lot ; sauf recours contre ceux tenus personnel-

739. In addition to the personal action, the heir and universal legatee, or legatee under general title, are held hypothecarily for whatever claims affect the immoveables included in their share ; saving their recourse

lement, pour leur part suivant les règles applicables à la garantie.	against those who are personally liable, for their share, according to the rules applicable to warranty.

Voy. autorités sur arts. 735 et 740.

---

*3 *Laurière, sur art.* 333, *C. de Paris.* } Selon l'article 101 de cette Coutume, les détenteurs et propriétaires d'héritages obligés ou hypothéqués à des rentes, sont tenus hypothéquairement icelles payer avec les arrérages qui en sont dus ; à tout le moins sont tenus iceux héritages délaisser pour être saisis et vendus par décret.

On demande si l'héritier détenteur peut user de ce droit ? Et il faut dire qu'il ne le peut pas, parce qu'il est tenu de la rente, et hypothéquairement pour le tout, et encore personnellement pour sa part et portion ; en sorte que le cohéritier détenteur doit payer toute la dette, sans pouvoir obliger le créancier de recevoir sa part virile ou personnelle, et sans pouvoir se servir du bénéfice de discussion et de division, qui n'a aucune application à ce cas.

Accurse s'est fait autrefois cette difficulté dans sa Glose sur la Loi *mulier* 19, Dig. *qui potiores*, et il y a décidé que l'héritier détenteur devait payer seul toute la dette, sans pouvoir user de ce bénéfice.

Barthole et Balde ont fait l'éloge de cette Glose, et *Cremensis* après eux.

Du Molin a suivi cet avis dans son *Traité des Usures*, n. 671 ; et c'est suivant son sentiment que cet article a été rédigé ; ce que l'on remarque ici pour faire connaître qu'il ne contient pas une Jurisprudence qui nous soit particulière, ainsi que l'a dit Loiseau dans son *Traité du Déguerpissement*, liv. 3, chap. 2, n. 6.

[ARTICLE 739.]

Que l'on suppose à présent que l'héritier détenteur ait payé sa part personnelle ou virile, et qu'il soit ensuite poursuivi hypothéquairement et solidairement pour les parts de ses cohéritiers, pourra-t-il dans ce cas opposer *la discussion ?* ou du moins *délaisser l'héritage ?*

Loiseau, dans son *Traité du Déguerpissement*, liv. 3, chapitre 2, n. 6, à la fin, dit que quand *l'action personnelle ou virile du cohéritier serait éteinte par le payement de sa portion héréditaire, si est-ce que pour le surplus, il ne pourrait demander que ses cohéritiers fussent discutez, etc.* Mais il y a là de l'erreur.

Chaque cohéritier, s'il est pur et simple, (car on ne parle pas ici de l'héritier sous bénéfice d'inventaire,) est obligé de payer sa part personnelle de toutes les dettes du défunt ; et si sa part des biens de la Succession ne suffit pas, il faut qu'il y emploie ses biens particuliers.

Mais lorsqu'un cohéritier a payé sa part personnelle de toutes les dettes, et qu'il en est quitte ; comme il n'est plus tenu qu'hypothéquairement des parts et portions de ses cohéritiers, et comme l'hypothèque n'est que sur les biens seuls qu'il a de la Succession, et non sur ses biens particuliers, on ne voit pas pourquoi sa condition sera pire que celle de tout tiers détenteur qui est poursuivi hypothéquairement ; et puisque ce dernier peut opposer la discussion et délaisser la chose hypothéquée pour se rédimer de vexation, il y a lieu, ce semble, d'en dire de même de cet héritier ; et s'il en était autrement, il arriverait que celui qui possèderait un bien hypothéqué, sans être *tenu* personnellement, serait *obligé* de payer des dettes qui en excéderaient la valeur, et de les payer par conséquent sur son propre bien, quoique non hypothéqué, ce qui serait contre toutes les règles.

Est tenu payer le tout,] sans pouvoir opposer les bénéfices de discussion ni de division ; d'où il résulte, ce semble, que les poursuites faites contre un cohéritier, devraient interrompre le cours de la prescription contre l'autre ; mais il faut dire le contraire, parce que des cohéritiers qui ne sont tenus personnellement que pour leur part et portion, quoiqu'hypothéquai

rement pour le tout, ne sont pas *correi debendi*, ce que du Molin a bien observé dans son *Traité des Usures*, nombre 671.

Il faut néanmoins bien observer que le créancier qui s'est attaché à poursuivre un des cohéritiers, et qui a laissé acquérir la prescription aux autres, court grand risque de perdre sa dette, parce que le cohéritier poursuivi pouvant demander la *cession d'actions*, il ne paiera jamais, à cause que le créancier qui n'a plus ses actions, ne pourra jamais les lui céder.

---

* 9 *Pothier*, *Traité de l'hypothèque*, *ch.* 2, *s.* 2, § 1. } 122. *L'action personnelle hypothécaire* est celle qui a lieu contre l'héritier du débiteur, qui est en même temps *biens-tenant*, c'est-à-dire qui possède des biens de la succession susceptibles d'hypothèque, et par conséquent hypothéqués à la dette.

Il n'importe qu'il soit héritier pur et simple ou sous bénéfice d'inventaire.

Cette action est personnelle parce que l'héritier du débiteur, en sa qualité d'héritier, est personnellement débiteur de la dette, puisqu'il succède, en cette qualité, à toutes les obligations personnelles du défunt ; elle est en même temps hypothécaire, parce que, comme biens-tenant, il est sujet à l'action hypothécaire.

123. Cette action personnelle hypothécaire s'intente pour le total de la dette contre l'héritier qui est biens-tenant, quoiqu'il ne soit héritier du débiteur que pour partie.

La formule des conclusions et de la condamnation, dans cette espèce d'action hypothécaire, est différente de celle qu'on emploie dans la simple action hypothécaire.

Dans celle-ci, on conclut " à ce que le défendeur soit tenu de délaisser l'héritage, si mieux il n'aime payer" ; mais dans l'action personnelle hypothécaire on conclut directement " à ce que le défendeur soit condamné de payer."

124. Loyseau, liv. 4, chap. 4, Nos. 17 et 18, prétend que ce n'est qu'une seule et même action, et que l'héritier qui a été

une fois tenu de cette action personnelle hypothécaire, en est toujours tenu, quand même il cesserait de posséder les biens hypothéqués à la dette, parce que cette action ayant tous les avantages de la personne et de l'hypothécaire, comme hypothécaire, a lieu pour le total de la dette ; et comme personnelle, a lieu tant que l'obligation personnelle subsiste.

125. Suivant le même principe, il soutient que l'héritier, qui est tenu de cette action personnelle hypothécaire pour une rente due par le défunt, doit, par le titre nouvel de la rente, s'obliger à la continuer toujours, et non pas seulement tant qu'il sera détenteur ;

Comme aussi qu'il ne peut éviter de payer le total de la dette hypothécaire, en offrant de délaisser tous les biens hypothéqués qu'il possède, sauf que, s'il n'est héritier que sous bénéfice d'inventaire, il peut se décharger tant de l'obligation personnelle que de l'hyothécaire, en abandonnant non-seulement tous les biens hypothéqués, mais en comptant de tous ceux de la succession.

126. J'aurais de la peine à acquiescer à ces décisions. L'action personnelle hypothécaire renferme deux actions véritablement distinctes l'une de l'autre ; quoique ces actions s'intentent conjointement et sous le nom d'une unique action qu'on appelle *personnelle hypothécaire*, elles conservent néanmoins leur nature distincte et séparée, et quoique réunies par un même exploit, elles ont leurs conclusions différentes ainsi que leur condamnation ; car je vois que, dans l'usage, on conclut contre l'héritier, " à ce qu'il soit tenu personnellement pour la part dont il est héritier, et hypothécairement pour le total" ; et pareillement les sentences portent : *Condamnons le défendeur personnellement pour la part dont il est héritier, et hypothécairement pour le total*, etc.

127. Ces condamnations différentes ne doivent donc pas avoir le même effet, l'héritier et biens-tenant étant condamné hypothécairement pour le total, et personnellement pour sa part, il n'y a que cette condamnation personnelle qui doive être absolue ; la condamnation pour le surplus n'étant qu'une

condamnation hypothécaire, ii doit avoir la faculté de délaisser les biens hypothèqués qu'il possède, pour en éviter l'exécution ; autrement, en vain distinguerait-on dans la sentence la condamnation personnelle et la condamnation hypothécaire.

Par la même raison, l'héritier et biens-tenant d'un défunt, passant titre nouvel des rentes de la succession, ne doit s'obliger à toujours que pour la part dont il est héritier, et pour le surplus que *tant qu'il sera biens-tenant*, puisque ce n'est qu'en qualité de biens-tenant qu'il est obligé pour le surplus.

Il ne peut jamais cesser d'être débiteur de sa part que par le paiement, parce qu'il ne peut cesser d'être héritier ; mais comme il peut cesser d'être biens-tenant, c'est-à-dire, de posséder des biens hypothéqués à la dette : il peut donc cesser d'être débiteur du surplus, qu'il doit comme biens-tenant, lorsqu'il cessera de l'être.

Par la même raison, un héritier en partie, dans le lot duquel sont tombés des immeubles hypothéqués à la dette du défunt, ne devrait plus, si depuis il a cessé de les posséder, être tenu de cette action personnelle hypothécaire, n'ayant plus d'autre qualité que celle d'héritier, et n'étant plus biens-tenant.

Néanmoins, il faut convenir que ce qu'enseigne Loyseau était, de son temps, la pratique constante du Palais.

Au reste, Loyseau, liv. 4, chap. 4, No. 19, observe que cette action personnelle hypothécaire qui, selon lui, n'est qu'une seule et même action, n'a lieu que contre l'héritier biens-tenant de la succession, c'est-à-dire qui, en sa qualité d'héritier, possède ou a possédé des biens de la succession hypothéqués à la dette. Si l'héritier du débiteur, qui n'aurait eu dans son lot aucuns biens de la succession du débiteur qui fussent susceptibles d'hypothèque, venait par la suite à acquérir à un autre titre quelques biens hypothéqués à la dette, ou s'il en était détenteur avant qu'il eût été héritier, Loyseau convient qu'en ce cas cet héritier pourrait, pour éviter de payer au delà de la part dont il est tenu personnellement en sa qualité d'héritier, délaisser les biens hypothéqués qu'il possède, de même

qu'il cesserait d'être sujet à l'action hypothécaire s'il cessait de posséder ces biens.

128. La femme commune qui, comme détentrice de conquêts, est tenue hypothécairement des dettes de la communauté, doit aussi être reçue à les laisser, pour éviter de payer au delà de la part dont elle est tenue personnellement comme commune.

Il nous reste à observer que l'exception de discussion ne peut jamais être opposée contre l'action d'interruption.

---

* 1 *Pothier*, *Int. au tit.* 16 *Cout.* *Des Test.*, *sec.* 6, *art.* 2, § 3. } 98. Lorsque le legs est d'une chose certaine et déterminée, le légataire qui en a été évincé, pourvu que ce ne soit pas sur quelque action hypothécaire des créanciers de la succession, n'a aucun recours de garantie contre l'héritier, à moins que le testateur n'eût expressément déclaré sa volonté d'assujettir son héritier à cette garantie, ou que de fortes circonstances le fissent présumer ; comme lorsque le legs est fait à l'un des héritiers présomptifs du testateur, pour forme d'également. Hors ces cas, le testateur est censé n'avoir voulu léguer la chose qu'autant qu'elle lui appartiendrait, et son héritier n'en est pas garant ; il est seulement tenu de céder au légataire les actions que le testateur pouvait avoir pour la garantie de cette chose ; L. 78, § 1, ff. *de Legatis* 2o ; L. 59, ff. et *de Evictionibus.*

99. Lorsque le legs est d'une chose indéterminée, comme lorsque le testateur a dit, *Je lègue à un tel une de mes maisons;* ou encore plus indéterminément, *une maison pour le loger ;* le légataire qui est évincé de celle qui lui est délivrée, a droit de sommer en garantie l'héritier, pour qu'il le garantisse, ou qu'il lui en donne une autre à la place ; L. 29, § 3, ff. *de Legatis* 3o.

100. Lorsque deux choses certaines ont été léguées sous une alternative, dont l'une a été délivrée au légataire, le légataire qui en est évincé peut pareillement sommer l'héritier en garantie pour qu'il le défende, ou qu'il lui donne l'autre : car il

est de la nature des obligations alternatives que les deux choses soient dues, et qu'il n'y a qu'un paiement valable de l'une de ces choses qui puisse procurer au débiteur la libération de l'autre ; et c'est un autre principe que le payement d'une chose n'est valable et ne peut procurer la libération qu'autant que celui à qui elle est payée la peut retenir ; L. 61, ff. *de Solutionibus ;* L. 167, *junctâ* L. 190, ff. *de Reg. jur.*

Voy. *C. N.* 871, cité sur art. 735 et 873, cité sur art. 738.

---

740. L'héritier ou le légataire universel ou à titre universel qui acquitte, sans en être tenu personnellement, la dette hypothécaire dont est grevé l'immeuble tombé dans son lot, devient subrogé aux droits du créancier contre les autres cohéritiers ou colégataires pour leur part ; la subrogation conventionnelle ne peut en ce cas avoir un effet plus étendu ; sauf les droits de l'héritier bénéficiaire comme créancier.

740. An heir or universal legatee, or a legatee under general title, who, not being personally bound, pays the hypothecary debts charged upon the immoveable included in his share, becomes subrogated in all the rights of the creditor against the other coheirs or colegatees for their share ; conventional subrogation cannot in such a case have a greater effect ; saving the rights of the beneficiary heir as creditor.

---

* *Cod. de Jure delib.*, *L.* 22. } § 9. In computatione autem patrimonii damus ei licentiam excipere et retinere quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hæreditatis adprobaverit sese persolvisse. Si vero et

ipse aliquas contra defunctum habebat actiones : non hæ confundantur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam : temporum tamen prærogativa inter creditores servanda.

Ibidem.
Trad. de P. A. Tissot. } § 9. Nous permettons à l'héritier de retenir toutes les dépenses qu'il prouvera avoir faites pour les funérailles du défunt, l'insinuation du testament, la confection de l'inventaire, et toutes autres dépenses nécessaires faites pour cause de l'hérédité. Si par hasard il se trouvait avoir lui-même des actions contre le défunt, qu'elles ne soient pas confuses par la succession ; mais qu'il soit censé créancier et non distingué d'eux, et soit payé comme ses cocréanciers selon l'ordre de l'inscription hypothécaire.

Voy. autorités sur arts. 675, 735 et 739.

---

* 8 *Pothier, Succ., ch.* 5,
art. 4. } Les créanciers de la succession ont une action personnelle contre chacun des héritiers pour la part dont ils sont héritiers, et contre chacun des successeurs universels, pour la part que chacun d'eux a dans les biens de la succession.

Si la part de chacun des héritiers n'était pas encore constatée et liquidée par une ventilation, nous avons déjà remarqué ci-dessus que les créanciers avaient action contre chacun des héritiers pour une portion virile, c'est-à-dire, suivant le nombre qu'ils sont d'héritiers, sauf à se faire raison du plus ou du moins qu'ils devront porter de dettes, lorsque leur part sera constatée par la ventilation.

Les créanciers hypothécaires de la succession, outre l'action personnelle qu'ils ont contre chacun des héritiers ou successeurs universels, ont l'action hypothécaire contre chacun des héritiers ou successeurs qui possèdent quelqu'immeuble de la succession sujet à leur hypothèque ; ils l'ont aussi contre les tiers détenteurs.

[ARTICLE 740.]

Cette action hypothécaire qu'ont les créanciers hypothécaires contre chacun des héritiers détenteurs d'immeubles, leur donne droit de conclure solidairement, contre chacun des dits héritiers, au paiement du total de leurs créances ; car chaque immeuble de la succession de leur débiteur, et même la plus petite portion de chaque immeuble est hypothéquée au total de leurs créances, suivant la nature de l'hypothèque, qui est indivisible ; d'où il suit que chaque héritier détenteur de la moindre portion des immeubles de la succession est tenu hypothécairement du total de leurs créances.

Il est d'usage que les créanciers hypothécaires de la succession, lorsqu'ils forment demande contre les héritiers, cumulent les deux actions qu'ils ont contre eux, la personnelle et l'hypothécaire, et en conséquence ils concluent contre chaque héritier, à ce qu'il soit condamné personnellement, pour la part dont il est héritier, et hypothécairement pour le total, leur payer la somme qui leur est due.

L'héritier peut être déchargé de la condamnation solidaire, en offrant d'abandonner tous les immeubles échus en son lot, si le partage est déjà fait ; et la part indivisée qu'il a dans ceux de la succession, s'il n'est pas encore fait ; car il est de la nature de l'action hypothécaire que la condamnation qui intervient sur cette action contienne, sinon expressément, au moins tacitement, l'alternative de délaisser les héritages hypothéqués ; l'hypothèque n'est autre chose que le droit qu'a un créancier de se faire délaisser certaines choses, et de les vendre pour le paiement de ses créances ; l'action hypothécaire qui en résulte n'a d'autre objet que ce délais ; le détenteur contre qui cette action est donnée, n'est tenu qu'à ce délais ; le paiement des causes de l'action hypothécaire n'est qu'*in facultate*, pour éviter le délais, plutôt qu'*in obligatione;* par conséquent, lorsqu'il est condamné hypothécairement à payer, le sens de cette condamnation ne peut être sinon qu'il sera tenu de payer, s'il veut conserver les biens hypothéqués qu'il possède, et s'il ne les délaisse pas. C'est le sens de ces mots *condamné hypothécairement.*

Observez que, quoiqu'il abandonne, sa condamnation personnelle, pour la part dont il est héritier, subsiste toujours contre lui ; c'est pourquoi dans les conclusions et dans la sentence on distingue ces deux condamnations, on condamne l'héritier personnellement pour la part dont il est héritier, et hypothécairement pour le total, ce qu'il serait inutile de distinguer, si l'héritier, en abandonnant, ne pouvait pas plus se décharger de la condamnation hypothécaire que de la personnelle.

Si l'héritier pour partie a cessé, sans fraude, de posséder les immeubles de la succession, continue-t-il d'être tenu solidairement envers les créanciers hypothécaires ? Loyseau enseigne que c'était l'usage de son temps au Palais ; il prétend que l'action personnelle et l'action hypothécaire ayant une fois concouru contre cette héritier, il s'est formé de ce concours une action personnelle hypothécaire pour le paiement du total de la créance, qui participe de la nature de l'une et de l'autre, *de l'hypothécaire*, à l'effet de la solidité de la condamnation, et *de la personnelle*, à l'effet qu'elle dure, même après que l'héritier aurait cessé de posséder ; cette action personnelle hypothécaire *est merum sigmentum*. Il est bien plus raisonnable de distinguer toujours les deux actions et de dire que, lorsque l'héritier a cessé de posséder les immeubles de la succession, il ne reste contre lui que l'action personnelle pour la part dont il est héritier, et que l'action hypothécaire cesse d'avoir lieu contre lui, étant de la nature de cette action, qui est réelle, et aux fins de délaisser les héritages hypothéqués, qu'elle ne puisse avoir lieu que contre ceux qui les possèdent et peuvent les délaisser.

Lorsque l'un des héritiers sur l'action hypothécaire donnée contre lui, a été obligé de payer la dette en entier, les coutumes de Paris, art. 333, et d'Orléans, art. 358, disent qu'il a en ce cas son recours contre ses cohéritiers.

Il peut l'exercer de deux manières, ou de son chef *judicio familiæ erciscundæ*, suivant ce que nous avons vu au chapitre

précédent, ou bien comme exerçant les droits du créancier auquel il peut se faire subroger, lorsqu'il le paie.

C'est une grande question si l'héritier, qui s'est fait subroger aux actions du créancier, les exercera solidairement contre chacun de ses cohéritiers, sa part confuse, ou si ces actions se doivent diviser. *V.* cette question au *Traité des Subrogations.*

Les créanciers hypothécaires du défunt n'ont d'hypothèque que sur les biens de la succession ; comme on ne peut hypothéquer que sa propre chose, et qu'on ne peut accorder de droit dans une chose dans laquelle on n'en a point, ce défunt ne peut accorder d'hypothèque sur les biens de son héritier, qui ne sont pas à lui.

C'est pourquoi la clause qui serait insérée dans un acte *que le débiteur hypothèque ses biens et ceux de ses héritiers*, serait de nul effet à l'égard des biens des héritiers.

Les créanciers hypothécaires du défunt ne peuvent donc acquérir d'hypothèque sur les biens des héritiers que par un nouveau titre par lequel les héritiers s'obligeraient devant notaire à la dette du défunt, ou par une sentence de condamnation que lesdits créanciers obtiendraient contre les héritiers.

---

* 2 *Maleville, sur art.* 875 *C. N.* } Le motif de la première partie de l'article, est que les débiteurs solidaires envers un créancier, ne sont cependant tenus entr'eux que chacun pour sa part. *Voyez* l'art. 1213. Quant à l'exception qu'il porte en faveur du co-héritier bénéficiaire, elle est fondée sur ce que ce co-héritier ne confond pas ses biens avec ceux du défunt, et qu'il conserve le droit de réclamer contre la succession, ses créances personnelles. *Voyez* l'article 802.

---

* 7 *Pand. frs., sur art.* 875 *C. N.* } 506. La première disposition de cet article n'est pas particulière au cas des successions. C'est un principe qui s'applique à toutes les dettes solidaires entre plusieurs personnes. Celui de plusieurs débi-

teurs solidaires qui a payé le total de la dette, et qui s'est fait subroger aux droits du créancier, ne peut néanmoins réclamer contre ses autres codébiteurs, que chacun sa part dans la dette commune, parce qu'elle se divise nécessairement entre eux.

D'ailleurs il est évident que si celui qui a payé pouvait exiger la dette entière, sa part déduite, contre chacun des autres débiteurs, il y aurait un circuit vicieux d'actions, puisque le dernier qui aurait remboursé reviendrait sur lui pour sa part.

507. La dernière disposition de cet article est à peu près inutile, parce qu'elle ne forme point exception à la première.

Il ne peut être douteux que l'héritier bénéficiaire qui ne confond pas, et qui ne trouve pas dans la part des biens qui lui a été assignée, de quoi se remplir de sa créance, peut actionner chacun des autres cohéritiers qui ont pris qualité pure et simple, hypothécairement pour le tout, s'ils sont détenteurs d'immeubles hypothéqués à sa créance. Mais la règle a lieu entre eux. Celui qui a été obligé de payer cette créance, ne peut réclamer contre les autres, que la part que chacun en doit supporter.

---

* 3 *Demante*, *sur art.* 875 *C. N.* } 215. Cette subrogation est formellement accordée au légataire particulier, tenu comme détenteur, contre les successeurs universels, personnellement obligés. V. art. 874.

215 *bis*. I. Tout détenteur qui, par l'effet de l'hypothèque, est forcé de payer la dette d'autrui, a son recours contre le débiteur (v. art. 2178). Ce recours est fondé sur le principe d'équité qui, à moins d'intention de gratifier, ne permet à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui. En suivant cette idée, j'arrive à étendre le recours contre toute personne qui profite du paiement, par conséquent contre un autre tiers détenteur à qui le paiement a procuré l'affranchissement de son bien (v. à ce sujet art. 611). Remarquons seulement que le profit retiré de cet affranchissement par le tiers détenteur consiste

uniquement dans la soustraction au danger de l'éviction, danger qui ne pesait réellement sur lui que tant et autant que le débiteur ne satisferait pas à son obligation. Je pense, d'après cela, que le recours contre le détenteur n'est que subsidiaire pour le cas d'insolvabilité du débiteur.

215 *bis*. II. Le droit de celui qui paie ainsi forcément la dette d'autrui n'est pas borné à un simple recours ; la loi le subroge aux droits du créancier (v. art. 1251-3o). C'est-à-dire que, pour mieux assurer son indemnité, elle lui transmet, dans la mesure de cette indemnité, les droits, actions, priviléges, hypothèques, qui appartenaient au créancier par lui payé, et qui continueraient à subsister dans la personne de ce créancier sans le paiement opéré. L'article 874 fait l'application de ce principe au légataire.

215 *bis*. III. Toutefois, il est à remarquer que la subrogation n'est ici formellement prononcée que contre les successeurs universels, qui en effet étaient seuls débiteurs. Cette observation acquiert de l'importance par la combinaison de notre article avec l'article 1250-1o, qui, contenant une sorte de définition de la subrogation, n'en indique l'effet que contre le débiteur. Cette importance se fortifie par le rapprochement de l'article 2029, qui, accordant la subrogation à la caution qui a payé, ne la prononce aussi que contre le *débiteur*. De là ne faudrait-il pas conclure que la subrogation en principe n'a d'effet que contre le débiteur ; si bien que pour étendre cet effet contre les cautions il a fallu une disposition formelle (art. 1252) ?

Quoi qu'il en soit, j'ai peine à me ranger à ce système, dont toute la base repose sur un argument *à contrario*. Car, du reste, il est bien clair que la même équité, qui justifie et recommande la subrogation contre le débiteur proprement dit, la justifie et la recommande contre tous ceux qui, à un titre quelconque, étaient tenus de la dette. Et puisque la subrogation emporte translation des priviléges et hypothèques, qui de leur nature sont applicables contre les tiers, on ne voit pas pourquoi on ne maintiendrait pas pleinement l'effet de ces

priviléges et hypothèques aussi bien contre les tiers détenteurs que contre les tiers créanciers qui ont des hypothèques postérieures. Enfin, si, contre ma pensée, quelque doute sur ce point pouvait rester à l'égard de la subrogation conventionnelle, dont l'effet plus ou moins étendu dépend de l'intention probable des parties, ces doutes doivent disparaître pour la subrogation légale fondée sur le numéro 3 de l'article 1251 ; car, en accordant la subrogation à celui qui était tenu *avec* d'autres ou *pour* d'autres, la loi donne assez à entendre qu'elle l'accorde contre ceux *avec* lesquels ou *pour* lesquels était *tenu* celui qui a payé. D'où il suit qu'un tiers détenteur, *tenu* hypothécairement *avec* d'autres tiers détenteurs, doit être subrogé contre ceux-ci.

215 *bis*. IV. Le recours personnel de celui qui a payé pour plusieurs débiteurs est nécessairement borné contre chacun à sa portion contributoire ; car c'est pour cette portion seulement que le paiement lui profite en lui procurant sa libération. Pareillement, le recours contre les autres personnes qui profitent du paiement, notamment contre les tiers détenteurs dont le bien se trouve affranchi, doit se borner à la part d'avantage que le paiement leur a procurée. Nous verrons, du reste, sur l'article 1251-3o, si l'avantage que procure à chaque détenteur le paiement fait par un autre détenteur, doit se calculer sur la valeur relative des biens ainsi affranchis, ou s'il n'est pas à la fois plus simple et plus juste de considérer en général cet avantage comme égal pour tous, et d'établir, en conséquence, le recours contre chacun pour sa part virile, sans toutefois que la contribution d'aucun d'eux pût excéder la valeur du bien, par le délaissement duquel il pouvait se soustraire aux poursuites. Car le paiement fait ne lui profite pas au delà.

215 *bis*. V. Le recours personnel du détenteur qui a payé contre les autres détenteurs n'est, comme je l'ai dit, que subsidiaire. Mais il en est autrement de l'action hypothécaire qu'il peut intenter par l'effet de la subrogation. Il doit suffire alors de réserver aux défendeurs le bénéfice de discussion

dans les termes des articles 2170 et 2171. Quoi qu'il en soit, la poursuite hypothécaire ne peut pas, selon moi, dépasser la mesure de la portion contributoire ; je le décide, ainsi par argument des articles 875 et 1214 (v. ci-dessous, No. 216 *bis*. V et VI).

215 *bis*. VI. Au surplus, je considère comme simple détenteur le successeur même à titre universel, qui, n'étant tenu personnellement que pour sa part, s'est libéré par le paiement de cette part. J'en conclus que, pour ce qu'il a par l'effet de l'hypothèque payé au delà de sa part, il a recours subsidiaire et subrogation contre les autres détenteurs, à quelque titre que ce soit. De là aussi je suis amené à conclure que, si au contraire c'est un autre détenteur qui a payé, le successeur universel n'est soumis à recours pour ce qui excède sa part que dans la proportion réglée à son égard comme à l'égard de tout autre détenteur.

216. La subrogation a bien lieu aussi en faveur des successeurs universels qui, par l'effet de l'hypothèque, paient au delà de leur part contributoire (v. art. 1251-3o) ; mais, soit pour éviter le circuit d'action, soit à cause des rapports de bienveillance qui doivent exister entre des cohéritiers ou co-successeurs, assimilés en ce point à des associés, soit enfin à raison de la garantie que les copartageants se doivent respectivement, la loi ne permet pas à celui qui a payé, de diriger contre les autres la poursuite rigoureuse dont il a lui-même été l'objet. Encore bien donc que ceux-ci détiennent des biens hypothéqués à la même dette, le recours ne peut être exercé contre chacun au delà de sa portion contributoire. Cette règle ne fléchirait pas même devant une subrogation expresse. Mais elle est sans application à l'héritier bénéficiaire, que sa qualité ne prive personnellement d'aucun des droits qu'un étranger pourrait exercer contre la succession (art. 802-2o). Si donc il a payé de ses deniers le créancier héréditaire, la subrogation, qui lui est accordée par la loi (art. 1251-4o), ou celle qu'il pourrait se faire consentir expressément, produirait à son égard tous les effets dont elle serait susceptible en faveur d'un tiers quelconque. V. art. 875.

216 *bis*. I. La théorie de l'article 875, qui refuse au cohéritier, nonobstant la subrogation légale ou conventionnelle, le recours *in solidum* contre ses cohéritiers, ne repose point sur l'insuffisance de la subrogation pour transmettre, en principe, au subrogé l'exercice plein et entier de l'action hypothécaire, contre tous ceux que cette action pouvait atteindre. La preuve, au contraire, que tout créancier par subrogation pourrait en général agir contre chaque héritier hypothécairement pour le tout, c'est la réserve faite par la loi en faveur de l'héritier bénéficiaire, réserve qui n'a évidemment d'autre objet que de lui accorder ce droit, parce qu'il appartiendrait à un étranger (v. ci-dessous, VII).

La vraie raison qui fait refuser au cohéritier subrogé l'exercice plein et entier de l'action hypothécaire, c'est l'obligation que lui impose son titre de cohéritier. Garant, à ce titre, des évictions que souffriraient les autres, il ne peut évidemment les évincer lui-même ; or, ce serait tendre à les évincer que de les poursuivre hypothécairement pour ce qui excède leur part personnelle dans la dette du défunt.

216 *bis*. II. Si tel est le motif de l'article 875, on ne doit pas balancer à en faire l'application à tous les cas non compris dans ses termes où un cohéritier voudrait, par l'effet de l'action hypothécaire, contraindre un de ses cohéritiers à payer au delà sa part personnelle.

Ainsi le cohéritier créancier hypothécaire du défunt ne pourra, pour le recouvrement de la portion de sa créance, qui n'est pas éteinte par la confusion, demander à l'un de ses cohéritiers détenteur du bien hypothéqué rien au delà de sa part personnelle dans la dette.

216 *bis*. III. La même règle s'appliquera sans difficulté à l'héritier légataire par préciput d'un bien hypothéqué, qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé la dette entière ; il ne pourra, en vertu de la subrogation accordée par l'article 874, demander à l'un de ses cohéritiers détenteur d'un autre bien hypothéqué à la même dette rien au delà de sa part héréditaire.

Pour le décider ainsi, il ne sera pas même besoin de rechercher si la subrogation du légataire, quand il n'est pas en même temps héritier, a ou non, sous ce rapport, un effet plus étendu que celle de l'héritier. Car la qualité de cohéritier, accompagnée ou non de celle de légataire, fera toujours obstacle à des poursuites tendant à éviction.

216 *bis*. IV. Le cas de l'hypothèque n'est pas le seul qui puisse donner lieu à l'application des principes ci-dessus. Quelle que soit la cause pour laquelle le créancier était autorisé à agir *in solidum* contre un ou plusieurs des héritiers, cette action *in solidum* ne pourra jamais être exercée contre un des cohéritiers par un autre, qui, par hypothèse, aurait obtenu la subrogation aux droits du créancier.

Supposons, par exemple, que l'un des cohéritiers fût chargé seul par le titre de l'exécution de l'obligation demeurée d'ailleurs à la charge de chacun pour sa part (v. art. 1221-4o et al. dern.). Si un autre héritier avait payé la dette avec subrogation, il ne pourrait se prévaloir de la clause du titre qui chargeait son cohéritier seul de l'exécution.

216 *bis*. V. Le titre de cohéritier n'est pas non plus le seul qui puisse établir entre plusieurs personnes des rapports de nature à leur interdire entre elles l'exercice des actions *in solidum*. Ainsi, entre codébiteurs solidaires, si l'un a payé tout, il ne peut, malgré la subrogation qui résulte en sa faveur de l'article 1251-3o, répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux (art. 1214). Pareillement, je pense que le tiers détenteur légalement subrogé contre les autres tiers détenteurs ne peut agir hypothécairement contre chacun que pour le montant de sa contribution. Car la subrogation accordée par la loi n'est qu'un moyen d'équité pour faire répartir, entre tous ceux qu'une cause commune menaçait d'éviction, le dommage de l'éviction soufferte par un seul. Il ne faut donc pas qu'elle serve à rompre l'équité de cette répartition. Cette raison, il est vrai, ne suffit pas pour restreindre également à la mesure de la portion contributoire l'effet d'une subrogation conventionnelle. Mais je crois que la commu-

nauté de position établit, entre les divers détenteurs de biens hypothéqués à la même dette, une sorte d'association, qui, en les rendant contribuables, les rend garants les uns envers les autres du maintien de chacun dans la limite de sa contribution. Dès lors, dans ma pensée, le titre de contribuable ne sera pas moins puissant pour exclure l'effet de la subrogation conventionnelle que ne le serait le titre de cohéritier. Dans tous les cas, on peut dire qu'il y a vraiment dol de la part du détenteur qui, en se faisant consentir par le créancier qu'il paie la subrogation ou cession d'actions, tend à reverser sur un autre la rigueur des poursuites hypothécaires auxquelles il veut se soustraire. Ainsi son action, fût-elle fondée en rigueur de principes, devrait être écartée par l'exception de dol.

216 *bis*. VI. Mais le décider ainsi n'est-ce pas confondre la position du légataire particulier, formellement subrogé par l'article 874, avec la position exceptionnelle faite aux successeurs universels par l'article 875 ? Pas absolument ; car notre principe laisse entier l'effet de la subrogation accordée au légataire (ou à tout autre tiers détenteur évincé, art. 1251-3o) pour assurer au moyen de l'hypothèque le recours subsidiaire divisé entre tous les détenteurs quelconques. Tandis que les successeurs universels, mutuellement tenus à se garantir leurs lots, ne peuvent faire valoir les uns contre les autres la subrogation accordée contre les détenteurs, de manière à forcer ceux d'entre eux qui détiendraient des immeubles hypothéqués à rien payer au delà de la portion contributoire réglée par l'article 875 ; ajoutons, ou au delà de l'augmentation de contribution que pourrait leur imposer, comme nous l'allons voir dans l'article suivant, l'insolvabilité de l'un d'eux.

Une espèce va faire facilement ressortir la différence que je signale ici : soient un légataire d'immeuble et quatre cohéritiers, *Primus*, *Secundus*, *Tertius* et *Quartus*. L'immeuble légué est hypothéqué ; deux autres immeubles héréditaires le sont également à la même dette. Les deux immeubles hypothèqués tombent, l'un dans le lot de *Primus*, l'autre dans le lot de *Secundus*. Le légataire paie la dette et est remboursé des $\frac{4}{5}$ par

Primus, *Secundus* et *Tertius*. Mais *Quartus* est insolvable. Le légataire ne peut recourir personnellement contre aucun des trois autres pour le quart non payé par *Quartus*. Mais il peut, par l'effet de la subrogation, agir hypothécairement contre *Primus* et *Secundus*, détenteurs d'immeubles hypothéqués, et obtenir ainsi de chacun d'eux le tiers de la part de l'insolvable. Maintenant ne supposons plus de légataire pour ne pas compliquer; supposons seulement nos quatre cohéritiers, dont deux, *Primus* et *Secundus*, ont dans leur lot chacun un de deux immeubles hypothéqués à une même dette; *Primus* paie la dette entière et redemande un quart à chacun des trois autres. Que si *Quartus*, insolvable, ne lui paie point sa part, il en demandera le tiers à *Secundus* et le tiers à *Tertius*, sans pouvoir invoquer la subrogation pour forcer *Secundus* à lui en payer moitié.

216 *bis*. VII. La réserve établie par l'article 875 en faveur de l'héritier bénéficiaire signifie, évidemment, que l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers une dette hypothécaire de la succession peut, en vertu de la subrogation légale qui lui est accordée par l'article 1251-4o, exercer son droit d'hypothèque pour le tout sur chacun des biens hypothéqués, soit que ces biens fassent partie de son propre lot, soit qu'ils soient tombés au lot de quelque autre héritier. A cet égard, en effet, le droit de l'héritier bénéficiaire est absolument le même que le droit d'un étranger qui, en payant volontairement le créancier, serait subrogé à ses droits, et n'aurait en sa personne aucune cause particulière qui l'obligeât à diviser son recours Et qu'on ne dise pas que cette cause particulière existe dans la personne de l'héritier qui, tout bénéficiaire qu'il est, reste soumis à la garantie envers ses cohéritiers (art. 884). C'est là, en effet, ce qu'il faut nier, par application au cas dont il s'agit. Car c'est seulement à titre de cohéritier, par conséquent à titre d'*héritier*, que chacun est tenu à la garantie envers les autres; d'où il suit que l'héritier bénéficiaire n'est pas tenu de cette obligation sur ses biens personnels. Donc, lorsqu'il agit pour le recouvrement d'une avance qu'il a faite sur ses biens per

sonnels, on ne saurait voir un principe d'exception contre son action dans la garantie qu'il doit seulement sur les biens héréditaires.

Il en serait autrement si, pour affranchir de l'hypothèque le bien héréditaire tombé dans son lot, l'héritier bénéficiaire avait payé la dette avec des deniers provenant de la succession. Alors, évidemment, le bénéfice d'inventaire dont il jouit n'empêcherait pas de lui appliquer la règle générale de l'article 875, et il ne pourrait recourir contre ses cohéritiers que pour la portion contributoire de chacun.

---

* *C. N.* 875. } Le cohéritier ou successeur à titre universel, qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au-delà de sa part de la dette commune, n'a de recours contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre universel, que pour la part que chacun d'eux doit personnellement en supporter, même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait fait subroger aux droits des créanciers, sans préjudice néanmoins des droits d'un cohéritier qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté de réclamer le paiement de sa créance personnelle, comme tout autre créancier.

---

741. Le légataire particulier qui acquitte la dette hypothécaire lorsqu'il n'en est pas tenu, pour libérer l'immeuble à lui légué, a son recours contre ceux qui viennent à la succession, chacun pour leur part, avec subrogation comme tout autre acquéreur à titre particulier.

741. A particular legatee who pays an hypothecary debt for which he is not liable in order to free the immoveable bequeathed to him, has his recourse against those who take the succession, each for his share, with subrogation in the same manner as any other person acquiring under particular title.

[ARTICLE 741.]

* *ff. de leg. et fid.,* } 57. Si res obligata per fideicommissum
l. 57. } fuerit relicta, si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est; nisi si animo alio fuerit. Si nesciat, à fideicommissario : nisi si vel hanc, vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam ; vel potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno. Quod si testator eo animo fuit, ut quanquàm liberandorum prædiorum onus ad heredes suos pertinere noluerit, non tamen apertè utique de his liberandis senserit : poterit fideicommissarius per doli exceptionem, à creditoribus, qui hypothecariam secum agerent, consequi, *ut actiones sibi exhiberentur;* quod quanquàm suo tempore non fecerit, tamen per jurisdictionem præsidis provinciæ id ei præstabitur. (ULPIANUS).

Ibidem. } 57. Un testateur a laissé par fidéicommis
Trad. de M. Hulot. } un effet qui était engagé ; dans le cas où il a su que cet effet était engagé, l'héritier est obligé à le dégager ; à moins que le testateur n'ait eu une intention différente. Mais s'il ne l'a pas su, c'est au fidéicommissaire à le dégager ; à moins qu'il ne prouve que si le testateur eût su que cet effet était engagé il ne le lui aurait pas moins légué, ou qu'il lui en aurait laissé un autre ; ou enfin il se peut faire qu'il reste quelque chose après avoir acquitté la créance pour laquelle l'effet a été engagé. S'il paraît que le testateur, sans vouloir imposer à ses héritiers la charge de dégager l'effet, n'a point pensé spécialement à la libération du gage, lorsque les créanciers hypothécaires actionneront le fidéicommissaire pour lui ôter l'effet engagé, celui-ci opposera une exception tirée de la mauvaise foi, par laquelle il les forcera à lui transporter leurs actions ; et même s'il n'a pas pris cette précaution, le président de la provinee lui accordera ce droit en vertu de sa juridiction. (ULPIEN).

Voy. *Pothier*, Succ. et Don. Test. cité sur art. 840.

---

* 1 *Pothier, Int. au tit. des Test., No.* 120. } 120. Le légataire qui sait ou doit savoir que la chose qui lui est léguée, renferme en elle-même une certaine charge, s'oblige à cette charge en acceptant le legs. En conséquence de ce principe, le légataire universel, ou d'une quotité de biens, ou d'une certaine espèce de biens du défunt, comme des meubles, du quint des propres, etc., s'oblige, en acceptant le legs, à l'acquittement des dettes ou de la part des dettes dont est chargée la part des biens qui lui est léguée ; car il sait ou doit savoir que les biens d'une personne renferment la charge de ses dettes, *cùm bona non intelligantur nisi deducto ære alieno.*—Il contracte cette obligation envers l'héritier qu'il est obligé d'indemniser des dettes pour la part dont en est chargé la part des biens qui lui est léguée, et il la contracte aussi, *celeritate conjungendarum actionum*, envers les créanciers.—Au reste, il n'est tenu que jusqu'à concurrence des biens.—A l'égard des légataires particuliers, lorsqu'ils ont connaissance des rentes foncières et autres charges dont est chargé l'héritage qui leur est légué, ils contractent l'obligation de les acquitter, tant et si longuement qu'ils en seront détenteurs. Lorsqu'ils n'en ont pas connaissance, ils ne contractent aucune obligation ; et lorsqu'ils sont poursuivis pour les reconnaître, ils peuvent éviter la condamnation, tant pour le passé que pour l'avenir, en déguerpissant avant contestation en cause, comme nous le verrons au tit. 19, ch. 2.

---

* 2 *Maleville, sur art.* 874 *C. N.* } On a observé qu'il y avait une véritable antinomie entre cet article et le 1020e, au titre des Donations, qui est ainsi conçu :

Si avant le testament ou depuis, la chose léguée a été hypothéquée pour une dette de la succession, ou même pour la dette d'un tiers, ou si elle est grevée d'un usufruit, celui qui doit acquitter le legs, n'est point tenu de la dégager, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du testateur.

On peut dire cependant que l'art. 874 est dans le cas où le

légataire particulier aurait acquitté la dette, quoique l'héritier eût été expressément chargé par le testateur de dégager le fonds légué ; et alors il n'y a pas d'antinomie. Mais lorsqu'il n'y a pas une disposition expresse dans le testament qui charge l'héritier de libérer la chose léguée, c'est à l'art. 1020 qu'il faut se tenir, de préférence, à celui-ci. L'art. 874 a pu passer comme l'expression d'un usage alors général; mais l'art. 1020 a été mis avec réflexion, et pour réformer cet usage, sauf l'exception qu'il porte.

---

* 7 *Pand. frs., sur art.* 874 *C. N.* } 505. Il suit de cet article, que le légataire n'a pas besoin, en payant la dette à laquelle l'immeuble légué est hypothéqué, de requérir la subrogation du créancier. Il est subrogé de droit et par la Loi même.

Qu'en conséquence il peut répéter contre les héritiers, la somme qu'il a payée sur l'action hypothécaire, et qu'ayant acquis lui-même hypothèque sur les autres immeubles de la succession par la délivrance, il peut actionner pour son remboursement, chacun des héritiers hypothécairement pour le tout.

Tout cela serait sans difficulté, si le Code civil, au titre des Donations et Testamens, n'avait pas une disposition diamétralement contraire. Elle porte : " *Si avant le testament, ou depuis,* " *la chose léguée a été hypothéquée pour une dette* DE LA SUCCESSION, *ou même pour la dette d'un tiers, ou si elle est grevée* " *d'un usufruit, celui qui doit acquitter le legs* N'EST POINT TENU " DE LA DÉGAGER, *à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par* " *une disposition expresse du testateur.*"

Il semble résulter évidemment de cette disposition, que l'immeuble légué passe au légataire avec la charge dont il est grevé, et que l'héritier n'est pas tenu d'acquitter la dette à laquelle cet immeuble est hypothéqué. Bien plus, il en résulte que si l'héritier, en sa qualité, a payé cette dette, il aura un

recours contre le légataire, puisqu'alors il aura libéré, dégagé la chose léguée ; ce qu'il n'est pas obligé de faire.

Ce précepte paraît consacrer l'opinion du Sénateur Tronchet qui, lors des discussions du titre des Successions, disait sur l'article 871, que le testateur devait être censé avoir légué la chose dans l'état où elle se trouvait, et que la perte devait naturellement tomber sur le légataire. " Si l'immeuble, disait-il, était grevé avant le testament, le testateur l'a su ; s'il ne l'a été que depuis, le testateur l'a voulu."

Il y a donc une antinomie complète et parfaite entre l'article 874, au titre *des Successions*, et l'article 1020, au titre *des Donations et Testamens*.

Si le légataire qui a payé sur l'action hypothécaire la dette à laquelle l'immeuble légué était hypothéqué, exerce son recours contre l'héritier, en vertu de l'article 874, celui-ci le soutiendra non recevable en vertu de l'article 1020. Je ne suis pas, lui dira-t-il, obligé de dégager l'immeuble hypothéqué à une dette de la succession, à quelque époque que l'hypothèque ait été créée, soit avant, soit depuis la confection du testament ; or, vouloir que je vous rembourse, c'est prétendre m'obliger au dégagement. Donc je ne vous dois rien.

Nous avouons que nous ne voyons aucun moyen de concilier ces deux articles, ni de faire disparaître la contradiction qui existe entre leurs dispositions.

Il n'y en aurait qu'un seul. Ce serait de n'appliquer l'article 1020 du titre des *Donations et Testamens*, qu'au cas où le testateur aurait consenti l'hypothèque sur l'immeuble légué au profit d'un tiers, sans s'obliger personnellement ; ce qui arrive souvent. C'est ce que l'on appelle le cautionnement réel. Mais alors il faut retrancher de cet article les termes, *pour une dette de la succession*.

Nous penchons pour adopter ce parti et s'en tenir à cette interprétation, jusqu'à ce que le législateur se soit expliqué.

Elle nous paraît juste ; car quand le légataire paie une dette du défunt, il acquitte véritablement celle des héritiers. Il paie pour eux, il est naturel qu'il soit remboursé par eux

[ARTICLE 742.]

Au contraire lorsqu'il paie une dette à laquelle le défunt n'était pas obligé personnellement, il acquitte une dette étrangère aux héritiers, et il a son action en recours contre le débiteur.

Ces principes s'appliquent à un enfant légataire avec dispense de rapport, comme à tout autre. Il est, ainsi que nous l'avons vu un peu plus haut, considéré, relativement au prélegs qui lui est fait, comme étranger à la succession, et n'est point obligé de contribuer aux dettes relativement à la chose qui lui est léguée.

Observez que si cet enfant est obligé sur l'action hypothécaire de payer une dette de la succession, il ne peut réclamer contre les autres cohéritiers que chacun sa part dans cette dette. Il confond la sienne en sa qualité d'héritier.

---

* *C. N.* 874. } Le légataire particulier qui a acquitté la dette dont l'immeuble légué était grevé, demeure subrogé aux droits du créancier contre les héritiers et successeurs à titre universel.

---

742. En cas de recours exercé entre cohéritiers et colégataires à cause de la dette hypothécaire, la part de celui qui est insolvable est répartie sur tous les autres au marc la livre, en proportion de leurs parts respectives.	**742. In the event of heirs or legatees exercising their recourse against their coheirs or colegatees, by reason of an hypothecary debt, the liability of such as are insolvent is divided rateably among all the others, in proportion to their respective shares.**

---

* *ff. De fid. et mand.*, *L.L.* 36 *et* 39. } 36. Cùm is qui et reum et fidejussores habens, ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia præstat actiones, poterit quidem dici nullas jam esse :

cùm suum perceperit, et perceptione omnes liberati sunt : sed non ita est. Non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit : et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut præstet actiones. (PAULUS).

39. Ut fidejussor adversus confidejussorem suum agat, danda actio non est : ineoque si ex duobus fidejussoribus ejusdem quantitatis, cùm alter electus à creditore totum exsolvet, nec ei cessæ sint actiones : alter nec à creditore, nec à confidejussore convenietur. (MODESTINUS).

Ibidem. }
Trad. de M. Hulot. } 36. Lorsque celui qui ayant et un principal obligé et des fidéjusseurs, ayant reçu son argent de l'un des fidéjusseurs, lui passe ses actions, on pourra à la vérité dire que déjà elles n'existent plus, puisqu'il a reçu le sien, et par ce paiement tous sont libérés ; mais cela n'est pas ainsi. Car il ne reçoit pas pour cause de paiement, mais il a en quelque sorte vendu l'obligation du débiteur ; et il a action précisément pour cela, parce qu'il est tenu de la passer à ceux qui la payent. (PAUL).

39. Il n'y a pas d'action pour qu'un fidéjusseur poursuive son cofidéjusseur. C'est pourquoi si, de deux fidéjusseurs d'une même quantité, l'un choisi par le créancier a payé le tout, et que les actions ne lui aient pas été cédées, l'autre fidéjusseur ne pourra être poursuivi ni par le créancier ni par son cofidéjusseur. (MODESTIN).

---

* *ff. De solut. et lib.,* }
L. 76. } 76. Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne quod ex causa tutelæ debeatur, actiones post aliquod intervallum cessæ sint, nihil ea cessione actum, cùm nulla actio superfuerit. Quod si ante solutionem hoc factum est, vel cùm convenisset, *ut mandarentur actiones*, tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones : cùm novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum, quàm actio quæ suit, perempta videatur. (MODESTINUS).

Ibidem. } 76. Modestin a répondu : Si après avoir
Trad. de M. Hulot. } payé sans aucune convention tout ce qui était dû en vertu du compte tutélaire, les actions, après un intervalle de temps, sont cédées ; cette cession n'est d'aucun effet, puisqu'il ne reste aucune action. Que si, avant le paiement, les actions ont été cédées ; ou que, après être convenu que les actions seraient cédées, le paiement a été fait d'abord, puis la cession ; puisque même dans le dernier cas on paraît plutôt avoir payé le prix des actions cédées qu'avoir éteint l'action qui existait alors. (MODESTIN).

---

* 3 *Toullier, Liv.* 3, } 534. Le cohéritier qui, par l'effet de
Tit. 1, *No.* 534. } l'action hypothécaire, a payé au-delà de sa part héréditaire dans la dette commune, a un recours contre les autres héritiers et contre les légataires universels, à raison seulement de la part pour laquelle ils doivent y contribuer (873, 875, 876, 1213, 1214), comme nous le dirons *infrà* § 2.

---

* 2 *Maleville, sur* } Le principe de cet article se trouve dans
art. 876 *C. N.* } l'article 1214.

---

* 7 *Pand. frs., sur* } 508. Cet article ne demande aucune ex-
art. 876 *C. N.* } plication. Il n'est que l'expression d'un principe antique, et qui n'a jamais fait difficulté.

Il suffit de le rendre sensible par un exemple.

Supposé qu'il y ait quatre héritiers, et que la dette payée par l'un d'eux sur une action hypothécaire, soit de 4,000 frs. ; il lui est dû par chacun des trois autres 1,000 fr. Si l'un d'eux est insolvable, les mille francs qu'il aurait dû payer doivent être répartis par tiers, dont un sera supporté par celui qui exerce le recours ; car il doit contribuer pour cette part dans la somme de 1,000 fr. Chacun des deux autres lui devra donc

333 francs 33 centimes ⅓ qui font le tiers de mil francs que l'insolvable n'a pas pu rembourser.

---

* *C. N.* 876. } En cas d'insolvabilité d'un des cohéritiers ou successeurs à titre universel, sa part dans la dette hypothécaire est répartie sur tous les autres, au marc le franc.

---

743. Les créanciers du défunt et ses légataires ont droit à la séparation de son patrimoine d'avec celui des héritiers et légataires universels, ou à titre universel, à moins qu'il n'y ait novation. Ce droit peut être exercé tant que les biens existent dans les mains de ces derniers ou sur le prix de l'aliénation s'il est encore dû.

743. The creditors of the deceased and his legatees have a right to a separation of the property of the succession from that of the heirs and universal legatees, or legatees under general title, unless there is novation. This right may be exercised as long as the property exists in the hands of the latter, or upon the price of the sale, if it be yet unpaid.

---

* *ff. de separat., l.* 1, § 1. } 1. Sciendum est separationem solvere impetrari decreto prætoris.

§ 1. Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis : utputà debitorem quis Seium habuit : hic decessit : heres ei extitit Titius : hic non est solvendo : patitur bonorum venditionem. Creditores Seii dicunt bona Seii sufficere sibi : creditores Titii contentos esse debere bonis Titii : et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem. Fieri enim potest, ut Seius quidem solvendo fuerit, potueritque satis creditoribus suis vel ita semel, et si non in assem, in aliquid tamen satis

facere : admissis autem commixtisque creditoribus Titii, minus sint consecuturi, quia ille non est solvendo : aut minus consequantur, quia plures sunt. Hic est igitur æquissimum creditores Seii desiderantes separationem audiri, impetrareque à prætore, ut separatim quantum cujusque creditoribus præstetur. (ULPIANUS).

Ibidem. }
Trad. de M. Hulot. } 1. Il faut remarquer qu'on parvient ordinairement à faire distinguer les créances en obtenant un jugement du préteur.

§ 1. On est dans l'usage d'accorder aux créanciers la distinction des créances pour les causes suivantes : par exemple un créancier avait pour débiteur Séius ; Séius est mort, il laisse pour héritier Titius ; ce Titius étant insolvable vis-à-vis de ses créanciers particuliers, on met les biens en vente. Les créanciers du défunt Séius disent qu'ils s'en tiennent à ses biens pour être payés de leurs créances, et que les créanciers de Titius doivent également se venger sur les seuls biens de Titius. En sorte qu'on doit procéder comme s'il y avait deux ventes des biens de deux débiteurs différents. Car il peut arriver que Séius soit mort solvable et ait laissé suffisamment de quoi payer ses créanciers particuliers, sinon en totalité, au moins en partie. Or si on admet ensemble confusément les créanciers de Séius et de Titius, les créanciers de Séius auront moins qu'ils n'auraient eu à cause de l'insolvabilité de Titius ; ils auront encore moins à raison de ce qu'ils sont en plus grand nombre. Il est donc très-juste qu'on admette les créanciers de Séius à demander la distinction des créances, et ils obtiendront du préteur la faculté de séparer les deux patrimoines, afin qu'on paye à chaque espèce de créanciers ce qui pourra leur revenir. (ULPIEN).

---

* *Cod. de bonis auct. jud.*, }
L. 1, § 2. } 2. Est jurisdictionis tenor promptissimus, indemnitatisque remedium edicto prætoris creditoribus hereditariis demonstratum, ut quotiens separationem bonorum postulant, causa cognita

impetrent. Reportabis igitur convenientem desiderii tui fructum, si te non heredum fidem secutum, sed ex necessitate ad judicium eos provocare demonstraveris.

Ibidem. *Trad. de P. A. Tissot.* } 2. L'édit du préteur permet évidemment d'accorder, après toutefois connaissance de cause, aux créanciers héréditaires du défunt, la séparation de ses biens d'avec ceux de son héritier aussi décédé, s'ils la demandent ; c'est pourquoi votre demande vous sera accordée, si vous prouvez n'avoir pas attaqué l'héritier du défunt comme de son chef, mais de celui du défunt lui-même, et que vous ne l'avez pas poursuivi judiciairement que parce que vous ne pouviez faire autrement.

Voy. autorités sur arts. suivants.

---

* 8 *Pothier*, *Succ.*, *ch.* 5, *art.* 4. } Il nous reste à parler du droit qu'ont les créanciers et légataires d'une succession, de demander contre les créanciers particuliers de l'héritier, *la séparation des biens de la succession d'avec ceux de l'héritier*, pour être payés sur ceux de la succession préférablement aux créanciers de l'héritier.

Ce droit est tiré de l'édit du Prêteur, et est fondé sur ce principe, pris dans la nature des choses, que des créanciers ne peuvent avoir plus de droit sur les biens de leur débiteur que leur débiteur en a lui-même ; d'où il suit que l'héritier n'ayant les biens de la succession, qu'à la charge d'en acquitter les dettes, les legs et autres charges ; les créanciers de cet héritier ne pouvant avoir plus de droit sur ces biens que l'héritier leur débiteur, doivent souffrir que les dettes, les legs et autres charges de ces biens, soient acquittés sur ces biens, avant qu'ils puissent se venger dessus. C'est ce qu'opère la séparation des biens de la succession d'avec ceux de l'héritier que les créanciers et légataires de la succession ont droit d'obtenir du juge.

Ce droit de séparation est inutile aux créanciers hypothécaires dans les coutumes où les meubles sont susceptibles d'hypothèque, et dans nos coutumes, lorsque la succession n'est composée que d'immeubles; la raison est que l'action hypothécaire qu'ils ont, leur suffit pour être payés sur ces biens, à l'exclusion des créanciers de l'héritier, qui ne peuvent être mis en ordre d'hypothèque sur ces biens, qu'après tous les créanciers hypothécaires du défunt ; car l'héritier leur débiteur n'ayant leurs biens qu'à la charge des hypothèques des créanciers du défunt, n'a pu les hypothéquer à ses propres créanciers que sous cette charge; il n'a pu leur donner d'hypothèque qu'après celle des créanciers du défunt.

Il faut dire la même chose des légataires. L'hypothèque que Justinien leur a accordée sur les biens de la succession, et que nous avons adoptée dans notre jurisprudence, est préférable à celle de tous les créanciers de l'héritier ; d'où il suit qu'il n'ont pas besoin de la séparation de biens, lorsque tous les biens du défunt sont de nature à être susceptibles d'hypothèque.

Au surplus, tous les créanciers du défunt, quels qu'ils soient, peuvent obtenir cette séparation, ceux mêmes dont la créance est encore suspendue par une condition dont elle dépend, et qui n'est point encore arrivée, peuvent la demander, au moins à l'effet que les créanciers de l'héritier ne puissent être payés sur les biens de la succession, qu'en leur donnant caution de rapporter à leur profit, si la condition de leur créance arrive.

Même l'héritier en partie du défunt peut demander la séparation de biens pour ce qui lui était dû par le défunt sous la déduction de la part dont il fait confusion comme héritier. L. 7, Cod., *de Bon. auct. jud. possess.*

Cette séparation a lieu contre tous les créanciers de l'héritier, quels qu'ils soient, même contre le fisc. L. 1. § 4, ff. *de Separat.*

Cette séparation ne peut être demandée par les créanciers du défunt, lorsqu'ils ont fait novation de la créance qu'ils avaient contre le défunt, en une créance contre son héritier,

en le prenant pour leur propre débiteur à la place du défunt; car, par là, ils cessent d'être créanciers du défunt, et deviennent plutôt créanciers de l'héritier. L. 1, § 10, 15, 16, ff. *eod. tit.*

Mais ils ne sont pas censés avoir fait cette novation pour l'avoir assigné à l'effet de faire déclarer contre lui leurs titres exécutoires. L. 7, ff. *eod. tit.*

Par le droit romain, cette séparation doit être demandée *rebus integris*, avant que les biens du défunt soient mêlés avec ceux de l'héritier, et tout au plus tard dans les cinq ans. L. 1, § 12 et 13, *eod. tit.* Par notre droit il n'y a aucun temps limité; on est toujours à temps, tant que les biens de la succession peuvent encore facilement se démêler d'avec ceux de l'héritier.

Les choses données entre-vifs par le défunt à l'héritier, quoique sujettes à rapport, ne sont pas comprises dans les biens dont les créanciers de la succession ont droit de demander la séparation ; car ces choses ne sont réputées biens de la succession que par fiction, et vis-à-vis des cohéritiers du donataire qui leur en doit le rapport, les créanciers de la succession ne peuvent se prévaloir de cette fiction, qui n'a pas été faite pour eux.

L'effet de la séparation est que les créanciers et légataires soient payés sur les biens de la succession du défunt, elle n'exclut pas les créanciers de l'héritier du droit de se venger sur ce qui resterait de ces biens. L. 5, ff. *de Separ.*

Contrà vice versâ. Les créanciers de la succession qui ont obtenu la séparation de biens, et qui n'ont pu être payés entièrement sur ceux de la succession, pourront-ils être payés sur les biens propres de l'héritier, après que les créanciers particuliers de l'héritier auront été payés ? Il paraît que cette question a été controversée entre les jurisconsultes romains. Paul et Ulpien pensaient que les créanciers et légataires du défunt, en obtenant la séparation des patrimoines du défunt et de l'héritier, s'étaient restreints aux biens de la succession du défunt, et ne pouvaient plus se venger sur les biens de l'héritier, qu'ils n'avaient pas voulu reconnaître pour leur débiteur. *Recesserunt à personâ hæredis.* L. 5; L. 1, § 17, ff.

dicto tit. Papinien inclinait à l'opinion contraire. L. 3, § 2, ff. *eod. tit.;* et c'est celle à laquelle nous devons nous tenir; car la séparation de biens introduite en leur faveur ne doit pas être rétorquée contre eux; en la demandant ils n'ont pas eu intention de libérer l'héritier de l'obligation qu'il a contractée envers eux, par l'acceptation de la succession, mais seulement d'être préférés sur ces biens aux créanciers de l'héritier.

Mais au moins ils ne doivent être payés sur les biens de l'héritier qu'après les créanciers de l'héritier, quoiqu'ils pussent dire qu'étant aussi créanciers de l'héritier, ils doivent venir en concurrence sur les biens de l'héritier avec les autres créanciers; car, puisqu'on leur sépare ceux de la succession dans lesquels les créanciers de l'héritier pourraient demander une concurrence avec eux, comme étant lesdits biens de la succession devenus les biens de l'héritier, par l'acceptation de la succession, il est équitable qu'en conséquence, les créanciers de la succession leur laissent les biens de l'héritier. (1)

Les créanciers de la succession peuvent bien demander la séparation des biens de la succession d'avec ceux de l'héritier; au contraire, les créanciers de l'héritier ne peuvent pas demander, contre ceux de la succession, qu'on leur sépare les propres biens de l'héritier. Ulpien en rapporte une raison bien décisive: *Nam*, dit-il, *licet alicui, adjiciendo creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem.* L. 1, § 2, ff. *de Separat.* Pourquoi un débiteur qui accepte une succession onéreuse, ne pourrait-il pas contracter au préjudice de ses créanciers, la dette qu'il contracte envers les créanciers de la succession par cette acceptation, de la même manière qu'il peut contracter, au préjudice de ses créanciers, toute autre dette pour quelque cause que ce soit? Néanmoins plusieurs pensent que, selon notre jurisprudence, les propres créanciers de l'héritier peuvent aussi demander la séparation de biens, lorsque leur débiteur a accepté une succession onéreuse, en faveur de leurs créances, et ils disent que cela a été jugé par un arrêt que

(1) Voy. note de M. Duvergier sur Toullier, citée sur art. 645 C. C. B. C.

rapporte Gouget au *Traité des Hypothèques*, que Lebrun révoque en doute. (V. Lebrun, liv. 4, ch. 2, sect. 1, No. 13 et suiv.)

Si un débiteur insolvable acceptait une succession notoirement mauvaise, de manière qu'il parût qu'il l'a fait en fraude de ses propres créanciers, je pense que ce serait le cas auquel les créanciers pourraient demander la séparation de ses propres biens d'avec ceux de la succession, en faisant rescinder cette acceptation, et l'obligation contractée par leur débiteur en fraude de leurs créances envers les créanciers de cette succession; car tout ce qu'un débiteur fait en fraude de ses créanciers peut être rescindé, même les obligations qu'il contracte La loi 3, ff. *Quæ in fraud.* y est formelle. *Sive se obligavit fraudandorum creditorum causâ, vel quodcumque aliud fecit in fraudem creditorum: palàm est edictum locum habere.* C'est apparemment l'espèce de l'arrêt de Gouget; hors ce cas, je ne pense pas que les créanciers de l'héritier puissent demander la séparation.

---

* 1 *Pothier, Int., tit.* 17 *Orl., No.* 127 *à* 130. } 127. Les créanciers de la succession, quoique simples chirographaires, et même les légataires, ont droit d'être payés préférablement aux créanciers de l'héritier, sur les biens de la succession, en demandant pour cet effet la *séparation desdits biens d'avec ceux de l'héritier*. La justice de cette séparation est évidente: l'héritier n'ayant droit lui-même aux biens du défunt qu'à la charge d'acquitter les dettes et les legs, ces créanciers n'y doivent pas avoir plus de droit que n'en a leur débiteur, et ne doivent par conséquent être payés sur lesdits biens qu'après l'acquittement de toutes lesdites dettes et légs.—Le droit romain avait fixé un temps de cinq ans, dans lequel cette séparation devait être demandée; L. 1, § 13, ff. *de Separationibus*. Notre droit n'ayant fixé aucun temps, elle peut toujours être demandée tant que les biens peuvent se reconnaître; Lebrun, liv. 4, ch. 2, sect. 1, No. 24, *in fine*.

128. Les créanciers qui demandent cette séparation des biens

de la succession, n'y peuvent comprendre les biens que le défunt a donnés entre-vifs à l'un de ses enfants, qui en doit le rapport à ses cohéritiers : car ces biens, dans la vérité, ne sont pas de la succession, et le rapport que l'enfant donataire en doit faire, n'est établi qu'en faveur de ses cohéritiers ; Lebrun, *ibid*, No. 28.

129. Suivant les décisions d'Ulpien, en la loi 1, § 17, et de Paul, en la loi 5, ff. *de separat.* les créanciers de la succession qui n'avaient pu être entièrement payés sur les biens de la succession dont ils avaient demandé la séparation, n'étaient plus reçus à se faire payer sur les biens particuliers de l'héritier, même après les créanciers particuliers de l'héritier acquittés.—Ces créanciers en demandant cette séparation, étaient censés avoir refusé de recevoir l'héritier pour leur débiteur en la place du défunt. Notre jurisprudence n'a pas adopté ces décisions. Nous admettons les créanciers de la succession à se venger pour ce qui leur reste dû sur les biens de l'héritier, après ceux de l'héritier payés. Nous n'avons pas cru que la séparation établie en leur faveur dût leur préjudicier, et décharger l'héritier de l'obligation qu'il a contractée envers eux en acceptant la succession ; Lebrun, *ibid.*

130. On a demandé si les créanciers de l'héritier pouvaient aussi être admis à demander la séparation des biens particuliers de l'héritier d'avec ceux de la succession ? Les lois romaines décident pour la négative, et en donnent cette raison, que l'héritier a pu, en s'obligeant, par son acceptation de la succession, envers les créanciers de la succession, de même qu'en contractant quelque autre dette que ce soit, préjudicier à ses créanciers ; *nam licet alicui, adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem ;* L. 1, § 2, ff. *d. tit.* —Mais notre jurisprudence, plus rigoureuse que la romaine pour la rescision de tout ce qu'un débiteur peut faire en fraude de ses créanciers, n'a aucun égard à l'acceptation d'une succession onéreuse qu'un débiteur fait en fraude de ses créanciers, et accorde à ses créanciers la séparation des biens de

leur débiteur, contre les créanciers de cette succession ; Brodeau sur Louet, lettre H, Vo. *Héritier*, sommaire 19, No. 3.

---

* 2 *Maleville, sur art.* 878 *C. N.* } Il faut voir sur la séparation des biens du défunt d'avec ceux de ses héritiers, les titres 7, liv. 42 du ff., et 73, liv. 7 du Code.

Les créanciers du défunt, et même ses légataires, peuvent demander cette séparation, lorsque la succession étant capable de les payer, et la solvabilité de l'héritier douteuse, ils ont intérêt à ce que les biens de la succession ne soient pas confondus avec ceux de l'héritier, pour être payés de préférence aux créanciers propres de cet héritier. L. 1, § 1, et ff. *hoc tit.*

Notre article dit que les créanciers du défunt peuvent demander la séparation dans tous les cas et contre tout créancier de l'héritier ; en effet, cette séparation est accordée aux créanciers non-seulement purs et simples, mais à jour et sous condition. L. 4, ff. *hic.*, et elle est accordée même contre le fisc créancier de l'héritier L. 1, § 4, *hic.*

---

* 7 *Pand. frs., sur art.* 878-881 *C. N.* } 511. Nous réunissons ces quatre articles, qui concernent tous un seul objet.

La séparation des patrimoines est un droit tiré de l'Edit du Préteur Romain. Il est fondé sur un principe d'équité naturelle. Des créanciers ne peuvent avoir sur les biens de leur débiteur plus de droit qu'il n'en a lui même. L'héritier n'acquérant les biens de la succession qu'à la charge d'en payer les dettes, les créanciers de cet héritier doivent souffrir que les dettes de la succession soient prises sur les biens qui en dépendent, avant qu'ils puissent servir à l'acquit de leurs propres créances. C'est aussi ce qu'opère la séparation des patrimoines.

On ne la voyait guère demander autrefois que par les créanciers chirographaires. En effet, elle était à peu près inutile aux hypothécaires qui ne pouvaient pas craindre de voir les

créanciers de l'héritier payés avant eux, puisqu'ils les primaient par l'effet de l'hypothèque.

Elle deviendra bien plus commune maintenant que l'hypothèque est spéciale, et que les contrats publics ne l'attribuent pas de plein droit.

512. La séparation des patrimoines peut être demandée par tous les créanciers du défunt, quels qu'ils soient. Il n'est pas nécessaire, pour qu'ils aient ce droit, que leurs créances soient actuellement exigibles. Ceux même dont le droit est éventuel et soumis à une condition incertaine, sont admis à cette demande ; et comme, pendant que la condition est en suspens, ils ne peuvent empêcher le paiement des créanciers de l'héritier, ils sont reçus à exiger d'eux caution de rapporter, si la condition s'accomplit.

Les légataires peuvent aussi demander la séparation, pour être payés de leur legs sur ce qui restera après l'acquittement entier des dettes de la succession. Mais comme ils conservent dans notre Droit, par la délivrance, l'hypothèque que Justinien leur a accordée sur les biens de la succession, ils ont peu d'intérêt à cette demande.

L'héritier en partie, qui étant créancier de la succession, ne confond que pour sa part, peut, restant créancier pour le surplus, la donner contre ses cohéritiers, à l'effet d'assurer son paiement intégral.

Il suit de là que les créanciers d'une succession dans laquelle il y a plusieurs héritiers, peuvent la demander contre quelques-uns d'eux seulement, sans être obligés de réclamer ce bénéfice à l'égard des autres.

513. Le bénéfice de séparation des patrimoines peut être réclamé contre tous les créanciers de l'héritier quels qu'ils soient, même contre le fisc.

Il peut l'être même après que l'héritier a engagé ou hypothéqué un des héritages de la succession ; et il aura l'effet de faire préférer les créanciers du défunt sur cet héritage, à celui de l'héritier, nonobstant l'hypothèque. La raison est, qu'au moyen de la séparation, les biens de la succession sont censés

n'avoir pas encore passé à l'héritier, en sorte qu'il n'a pas pu les engager ou hypothéquer au préjudice des créanciers du défunt.

514. Il est évident que la séparation ne peut plus être demandée par les créanciers du défunt, après qu'ils ont fait novation, en acceptant l'héritier pour débiteur. Mais, si, de plusieurs créanciers, il n'y en a que quelques-uns qui ont fait novation, rien n'empêche que les autres ne puissent réclamer ce bénéfice. Alors il ne profitera pas à ceux qui ont fait novation ; car ils sont devenus créanciers de l'héritier.

Mais quand y a-t-il novation ? Les Lois Romaines décident qu'elle ne s'opère pas par les poursuites que les créanciers ont pu faire contre l'héritier. Ainsi la signification qu'ils auraient faite de leurs titres, en vertu de l'article 877, n'opérerait pas cette novation. Elle ne résultera pas non plus de l'exécution qui s'en sera suivie, si le créancier n'a exécuté que des choses héréditaires.

Despeisses dit, qu'il y a novation, si le créancier du défunt a reçu de l'héritier les intérêts de ce qui lui est dû. Il s'appuie du § 10 de la Loi première au digeste *de separationibus.* Mais le texte de ce § n'est rien moins que déterminant à cet égard. Il porte *si eâ mente quasi eum eligendo.* Ainsi tout dépend toujours de l'intention du créancier.

En effet, si la créance porte intérêts, et que le créancier les ait reçus de l'héritier, on ne peut pas dire qu'il y ait novation. Mais si la créance étant exigible, il a reçu des intérêts moyennant lesquels il a accordé un délai, il n'y a pas de doute qu'il y a novation, il en est de même, si par un traité fait avec l'héritier, le créancier du défunt a changé les termes ou le mode de paiement ; si il a pris un titre nouveau ; si il a reçu une caution.

On peut encore décider de la même manière, si il a formé une demande contre l'héritier personnellement, afin d'obtenir l'hypothèque sur ses biens propres, en vertu d'un jugement.

515. Suivant le Droit Romain, la séparation devait être demandée *rebus adhuc integris*, avant que les biens de l'hérédité

se fussent confondus avec ceux de l'héritier, et au plus tard dans les cinq ans depuis le décès. Nous n'avions pas admis cette règle. Dans notre ancien usage, il n'y avait pas de temps déterminé. Les créanciers de la succession étaient admis à ce bénéfice tant que les biens de l'hérédité pouvaient se distinguer de ceux de l'héritier.

Le Code civil prend un milieu entre ces deux jurisprudences. Il décide qu'à l'égard des meubles, la demande en séparation ne pourra plus être formée après trois ans ; mais qu'elle sera recevable à l'égard des immeubles, tant qu'ils se trouveront encore dans les mains de l'héritier.

Il suit de là, que quand la séparation sera demandée dans les trois ans, depuis le décès, elle aura lieu tant pour les meubles que pour les immeubles, toutes les fois que les meubles pourront se distinguer : et ils le pourront toujours quand il y aura eu inventaire ; car l'héritier sera tenu de rapporter ou les meubles compris en cet inventaire, ou leur valeur.

Lorsque la demande en séparation ne sera donnée qu'après les trois ans, elle ne pourra obtenir d'effet que pour les immeubles qui se trouveront encore en la possession des héritiers.

Il résulte aussi de la même disposition que, conformément aux principes du Droit Romain, la séparation ne donne pas aux créanciers le droit de révoquer les opérations que l'héritier a faites de bonne foi dans le temps intermédiaire, relativement aux choses de la succession. *Nam quæ bonâ fide medio tempore per hæredem gesta sunt, rata conservari solent.* En conséquence si l'héritier a disposé des immeubles de la succession, en tout ou en partie, de bonne foi, et sans fraude, la séparation ne peut avoir aucun effet à leur égard.

516. Lorsqu'un débiteur principal a succédé à celui qu l'avait cautionné, quoique le cautionnement soit éteint par la confusion, puisqu'il est impossible qu'une personne soit cau-i on d'elle-même, cependant le créancier peut demander la séparation des patrimoines *Neque enim*, dit la Loi, (*L. 3 ff. de sép.*) *ratio Juris, quæ causam fidéjussionis propter principalem obli-*

gationem, quæ major fuit, exclusit, damno debet afficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat.

Le créancier conserve ainsi son cautionnement sur les biens de la succession, contre la rigueur des principes, suivant lesquels il devrait être anéanti sans ressource par le concours des deux qualités dans la même personne.

Cette Loi fournit la solution d'une question proposée par Lebrun, dont voici l'espèce.

Titius a succédé à sa mère. Depuis il a succédé à son père, et confondu, de cette manière, en sa personne les actions de sa mère pour ses reprises et conventions matrimoniales. On demande si les créanciers de la mère pourront obtenir le bénéfice de la séparation, et faire ainsi revivre cette action.

Il faut répondre qu'ils le peuvent ; car lès créanciers du père décédé depuis sa femme sont, à leur égard les créanciers du fils. L'effet de la séparation est précisément d'empêcher cette confusion.

C'est aussi ce que décide le § 8, de la Loi première, au Digeste *de separationibus.* Elle suppose que le fils a succédé au père, et le petit-fils à son père. Elle dit que les créanciers de l'aïeul pourront demander la séparation, tant contre les créanciers du fils que contre ceux du petit-fils, et que ceux du fils, quoiqu'ils puissent l'obtenir contre les créanciers du petit-fils, ne pourront pas la demander contre ceux de l'aïeul.

517. L'effet de la séparation est de faire payer les créanciers de la succession sur les biens qui en dépendent, préférablement à ceux de l'héritier.

Il ne faut pas comprendre dans les biens de la succession au profit des créanciers qui demandent la séparation, les choses données entre-vifs par le défunt à l'héritier, quoique sujètes à rapport. Ce n'est que par fiction, et seulement vis-à-vis des cohéritiers du donataire, qu'elles sont censées faire partie des biens de la succession. Les créanciers du défunt ne peuvent se prévaloir de cette fiction qui n'a point été faite pour eux.

Ce principe qui nous est fourni par M. Pothier, nous paraît

sans difficulté, quand le donataire est seul héritier, parce qu'alors il ne tient pas la chose donnée à titre successif, et n'est pas tenu d'en faire le rapport aux créanciers. Mais quand, y ayant plusieurs héritiers, le rapport a été fait, l'objet donné a véritablement été replacé dans la succession, il en fait réellement partie. Celui au lot duquel il tombe, fût-ce le donataire, le tient à titre successif. Il y succède, et par conséquent il nous semble indubitable que la chose donnée doit être comprise, dans ce cas, dans le patrimoine du défunt.

518. Après que tous les créanciers de la succession qui ont demandé la séparation des patrimoines, sont payés, s'il reste encore des biens, rien n'empêche les créanciers de l'héritier de les appliquer au paiement de leurs créances. La raison est que la séparation n'efface pas le titre de l'héritier, et que ces biens restant dans la succession, ne cessent point de lui appartenir.

Au contraire, les créanciers de la succession qui ont demandé la séparation, et qui n'ont pas trouvé de quoi se payer entièrement, pourront-ils recourir sur les biens de l'héritier, après que ses dettes seront acquittées ?

Cette question a été controversée entre les Jurisconsultes Romains.

Ulpien et Paul pensaient que les créanciers du défunt, en demandant la séparation, avaient restreint leurs droits aux biens de la succession, et qu'ils n'en conservaient aucun sur ceux de l'héritier. *Recesserunt*, disait Ulpien, *a personâ hæredis*.

Papinien penchait pour l'opinion contraire, mais non d'une manière décisive. Il disait *commodius videtur*. C'est celle, dit M. Pothier, à laquelle nous devons nous tenir, parce que la séparation des patrimoines introduite en faveur des créanciers de la succession, ne doit point être rétorquée contre eux. En la demandant, ils n'ont pas eu l'intention de libérer l'héritier de l'obligation qu'il a contractée envers eux par son acceptation ; mais seulement d'être préférés sur ces biens. On peut ajouter à ces raisons que la séparation n'effaçant pas le titre

de l'héritier, ne détruit pas non plus son obligation personnelle.

Mais il n'est pas douteux que les créanciers de l'héritier doivent être payés sur ses biens avant les créanciers de la succession qui ont demandé la séparation, et par la même raison de préférence.

519. Les créanciers de l'héritier ne peuvent point demander la séparation des patrimoines contre ceux de la succession. La disposition du Code civil à cet égard est conforme à celle des Lois Romaines. *Nam*, disent-elles, *licet alicui, adjiciendo creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem.*

Il paraît que ce principe n'a pas toujours été admis en France. On trouve dans le Prêtre un arrêt qui a admis les créanciers d'un héritier à la séparation contre ceux de la succession. Boniface en rapporte un autre du Parlement de Provence du 6 avril 1663. Brodeau sur Louet, et dans son Commentaire sur la coutume de Paris, parle de cet usage, comme étant constant. Mais on voit, par ce que disent Henrys, Lebrun, et Pothier, que la Jurisprudence avait changé.

Il est heureux que la Loi nouvelle contienne une règle qui fixe les opinions.

Quid, si l'héritier a accepté une succession évidemment mauvaise ?

Lebrun dit que ses créanciers ne peuvent être admis que très-difficilement à la séparation. Pothier est du même avis. Mais il penche pour leur accorder l'action révocatoire. Il cite la Loi 3 au Digeste *de his quæ in fraudem creditorum* qui est effectivement formelle sur ce point.

Nonobstant cette Loi, nous ne pensons pas que d'après la disposition précise et impérieuse du Code civil, on pût les y recevoir. D'ailleurs il est certain que les créanciers d'une personne ne peuvent pas faire annuller les nouveaux engagemens qu'elle a faits, et qui diminuent, ou même détruisent sa solvabilité. Donc ils ne peuvent pas se plaindre qu'elle contracte de nouvelles dettes en acceptant une succession onéreuse.

* *Merlin, Rép.*, V° *Sép. de patrimoines*, § V, *No. VI.* } VI. Mais s'il ne se trouve pas dans la succession de quoi payer les créanciers du défunt, ceux-ci peuvent-ils, après l'avoir épuisée, revenir sur le patrimoine de l'héritier ?

Cette question est difficile par la contrariété des lois qui l'ont prévue.

Suivant la loi 1, § pénultième, D. *de Separationibus*, la Séparation exclut ceux qui l'ont obtenue, de tout recours sur les biens de l'héritier ; mais si la demande en a été faite par ignorance du véritable état des choses, et que cette ignorance ait été occasionnée par une cause *très-juste*, les créanciers du défunt peuvent se faire restituer en entier contre la Séparation : *Itèm sciendum est vulgo placere creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum : creditores vero testatoris ex bonis heredis nihil. Cujus rei ratio illa est quod qui impetravit Separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si cùm essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potiùs defuncti sibi separari : heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. At si creditores defuncti desiderent ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi ; Separatio enim quam ipsi petierunt eos ab istis bonis separavit. Si tamen temerè Separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, justissimâ scilicet ignorantiæ causâ allegatâ.* Cette décision est du jurisconsulte Ulpien.

La loi 3 du même titre, qui a pour auteur le fameux Papinien, propose d'abord un cas absolument particulier, et sur lequel il ne peut y avoir l'ombre de difficulté.

Un débiteur se trouve héritier de sa caution. Le créancier demande la Séparation des biens de celle-ci d'avec le patrimoine du premier ; et après avoir rempli, au moyen de leur valeur, une portion de sa créance, il veut revenir contre l'héritier : y est-il fondé ? Sans doute. La qualité d'héritier n'a pas effacé dans la personne de son débiteur, celle de principal obligé. Le créancier a donc deux titres contre lui. Qu'importe que, par la Séparation, il ait renoncé à l'effet de celui de l'héritier ? Le titre de principal obligé demeure toujours.

Après avoir ainsi résolu cette espèce particulière, Papinien passe à la thèse générale, et il décide que les créanciers du défunt, qui ont obtenu la Séparation, peuvent encore recourir contre l'hériter, pourvu que tous les créanciers de celui-ci soient payés : *Debitor fidejussoris heres extitit, ejusque bona venierunt : quamvis obligatio fidejussionis extincta sit, nihilominùs Separatio impetrabitur, petente eo cui fidejussor fuerat obligatus, sive solus sit hereditarius creditor, sive plures. Neque enim ratio juris (quæ) causam fidejussionis propter principalem obligationem, quæ major fuit, exclusit, damno debet adficere creditorem qui sibi diligenter prospexerat. Quid ergo si, bonis fidejussoris separatis, solidum ex hereditate stipulator consequi non possit? Utrùm portio cùm cæteris heredis creditoribus ei quærenda erit? An contentus esse debebit bonis quæ separari maluit ? Sed cùm stipulator iste, non aditâ fidejussoris à reo hereditate, bonis fidejussoris venditis, in residuum promisceri debitoris creditoribus potuerit, ratio non patitur eum in proposito summoveri. Sed in quolibet alio creditore, qui Separationem impetravit, probari commodiùs est ut si solidum ex hereditate servari non possit, ità demùm aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores heredis fuerint dimissi : quod sine dubio admittendum est circà creditores heredis demissis hereditariis.*

Dans la loi 5, le jurisconsulte Paul rejette cette décision, et adopte de point en point celle d'Ulpien ; il ajoute seulement que, si, après la séparation obtenue, l'héritier fait quelques acquisitions *ex hereditate*, c'est-à-dire, par droit héréditaire, et en vertu de titres appartenant à la succession, elles pourront être réclamées et saisies par les créanciers du défunt, quoique séparés : *Si creditores hereditarii Separationem bonorum impetraverunt, et inveniatur non idonea hereditas, heres autem idoneus, non poterunt reverti ad heredem, sed eo quod semel postulaverunt, stare debent. Sed si, post impetratam Separationem, aliquid heres adquisierit, si quidem ex hereditate, admitti debebunt ad id quod adquisitum est illis qui Separationem impetraverunt. Sed si illis satisfactum fuerit, quod superest tribuetur propriis heredis creditoribus. At si ex aliâ causâ heres adquisie-*

rit, non admittentur hereditarii creditores. Quod si proprii ad solidum pervenerunt, id quod supererit tribuendum hereditariis quidam putant, mihi autem id non videtur : cùm enim Separationem petierunt, recesserunt à personâ heredis, et bona secuti sunt, et quasi defuncti bona vendiderunt quæ augmenta non possunt recipere. Idemque existimo dicendum, etiamsi circà Separationem bonorum decepti, minùs consecuti sunt quàm proprii heredis creditores. Proprii autem heredis creditores habent propria ejus bona, et personam, quæ potest, donec vivit, acquirere.

Quel parti prendre dans ce choc de décisions ?

Lebrun se détermine pour celle de Papinien. " Outre la " grande autorité de ce jurisconsulte, qui était un contre-poids " suffisant contre tous les autres (dit-il), la raison et les maxi- " mes demandent que son sentiment prévaille ; car la Sépara- " tion obtenue par les créanciers du défunt, n'était pas capable " d'effacer l'adition ou l'immixtion de l'héritier, et ne servait " pas d'exception à la maxime, *qui semel est heres, nanquàm* " *desinit esse heres*... Ainsi, l'héritier demeurait toujours sujet " à l'action personnelle, et ses propres créanciers payés, il " était juste que ceux du défunt le fussent sur le résidu ".

Raviot sur Périer, quest. 291, tient à peu près le même langage : " Nous ne suivons point en France, dit-il, la décision " de la loi 5, *de Separationibus.* Les créanciers du défunt ont " un privilége sur les effets de leur débiteur ; mais il ne s'en- " suit pas qu'ils n'aient droit d'agir contre l'héritier qui, par " l'immixtion, est devenu leur débiteur, d'autant plus qu'il " est à présumer qu'il s'est emparé de plusieurs effets sur les- " quels les créanciers du défunt n'auraient pu être payés ".

On voit néanmoins que cet auteur ne s'explique pas précisément sur le point de savoir si les créanciers du défunt, qui ont obtenu la Séparation de patrimoines, doivent, quant aux biens de l'héritier, être primés par les créanciers personnels de celui-ci, et si, comme l'enseigne Lebrun, d'après Papinien, ils ne peuvent se faire payer que *sur le résidu.*

Mais Pothier traite spécialement cette question, et voici comment il la résoud :

" La Séparation de biens introduite en faveur des créanciers de la succession (dit-il), ne doit pas être rétorquée contre eux. En la demandant, ils n'ont pas eu l'intention de libérer l'héritier de l'obligation qu'il a contractée envers eux par l'acceptation de la succession, mais seulement d'être preférés sur ces biens aux créanciers de l'héritier.

" Mais au moins, ils ne doivent être payés sur les biens de l'héritier, qu'après les créanciers de l'héritier, quoiqu'ils puissent dire qu'étant aussi créanciers, ils doivent venir en concurrence sur les biens de l'héritier avec les autres créanciers ; car, puisqu'on leur sépare ceux de la succession dans lesquels les créanciers de l'héritier pourraient demander une concurrence avec eux, il est équitable que les créanciers de la succession leur laissent les biens de l'héritier ".

Telle est aussi la doctrine de Domat.

" Nonobstant ces autorités (dit M. Chabot, dans son commentaire sur le titre *des Successions* du Code civil, art. 878), nous pensons que, si tous les créanciers, soit de la succession, soit des héritiers, n'ont pas d'hypothèque, ils doivent venir tous également par concurrence sur les biens propres des héritiers ; et que ceux qui sont hypothécaires, doivent être préférés suivant l'ordre des hypothèques. Cela est conforme aux principes établis par le Code civil, et il n'y a pas été dérogé pour le cas particulier dont il s'agit.

" Il n'est pas dit dans l'art. 878, que les créanciers de la succession, en demandant la Séparation des patrimoines, perdent les droits qu'ils ont acquis sur les biens personnels de l'héritier par l'acceptation qu'il a faite de la succession ; ils les conservent donc tout entiers, comme s'ils n'avaient pas demandé la Séparation. En usant d'un bénéfice que la loi leur accorde, ils ne peuvent être privés du bénéfice des autres dispositions du Code auxquelles il n'a pas été dérogé contre eux ".

C'était dans la première édition de son ouvrage, publié en 1804, que M. Chabot s'exprimait ainsi. Dans les éditions suivantes, et notamment dans la dernière, qui est de 1817, il

a persisté dans la même doctrine, et il y a ajouté des développements qui la mettent au-dessus de toute contradiction.

Au surplus, V. mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Séparation de patrimoines.*

---

* *C. N.* 878, 879, 880. } 878. Ils peuvent demander, dans tous les cas, et contre tout créancier, la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier.

879. Ce droit ne peut cependant plus être exercé, lorsqu'il y a novation dans la créance contre le défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur.

880. Il se prescrit relativement aux meubles, par le laps de trois ans.

A l'égard des immeubles, l'action peut être exercée tant qu'ils existent dans la main de l'héritier.

---

744. Les créanciers de l'héritier ou du légataire ne sont pas admis à demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de la succession, ni à exercer contre eux aucun droit de préférence.

744. The creditors of the heir or legatee are not allowed to claim this separation of property, nor to exercise any right of preference, against the creditors of the succession.

---

* *ff. de separat.*, *l.* 1, § 2. } § 2. Ex contrario autem creditores Titii non impetrabunt separationem : nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem. At qui igitur adiit hereditatem debitoris mei, non faciet meam deteriorem conditionem adeundo : quia licet mihi separationem impetrare. Suos vero creditores oneravit, dum adiit hereditatem quæ solvendo non est : nec potuerunt creditores ejus separationem impetrare. (ULPIANUS).

Ibidem.
Trad. de M. Hulot. } § 2. Mais il n'en serait pas de même des créanciers particuliers de Titius, ils ne pourraient point obtenir la distinction de leurs créances d'avec celles des créanciers de Séius ; car il est permis à un débiteur de rendre la condition de son créancier moins favorable en contractant de nouvelles dettes. Ainsi celui qui accepte la succession de mon débiteur ne peut pas par son acceptation détériorer ma condition, parce que je puis obtenir la distinction des créances. Mais en acceptant une succession qui est insolvable, il détériore la condition de ses créanciers particuliers, qui ne peuvent pas demander la distinction des créances. (ULPIEN).

---

* *Lebrun, Succ., Liv.* 4, *ch.* 2,
s. IX, No. 13, *p.* 613. } 13. Pour ceux de l'héritier, ils n'ont pas ce privilège de la séparation, par la raison qu'ils ne peuvent pas empêcher que leur débiteur ne contracte de nouvelles dettes, et ne s'oblige par l'addition d'hérédité aux créanciers du défunt. Et c'est la disposition de la Loy 1, § 2, *ff. de separation.* qui dit, *nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem.*

P. 614.—20. Il faut pourtant observer, que comme le § 2 de la Loy 1, *ff. de separat.* qui exclut les créanciers de l'héritier de pouvoir demander la séparation des biens, reçoit quelque sorte d'exception dans le Droit Romain, au cas que l'héritier se soit déclaré tel manifestement contre son propre intérest, et dans la seule pensée de frustrer ses créanciers, auquel cas le § 5 de cette même Loy 1 dit, que n'y ayant point d'action civile, pour empêcher l'effet de cette fraude, les créanciers doivent avoir recours au Préteur, c'est-à-dire, au titre *Quæ in fraudem creditorum*, ce qui ne leur doit estre permis néanmoins que difficilement ; aussi dans nostre Droit si un héritier était convaincu de cette fraude, et cela par des circonstances évidentes, il y aurait lieu de permettre cette action extraordinaire à ses créanciers, ce qui doit aussi estre admis

fort rarement, n'y ayant rien de plus naturel et de moins suspect, que de se porter héritier d'un défunt dont la succession est déférée par la Coutume. Et cecy même se terminerait à une action révocatoire, et ne serait pas cette action directe en séparation de biens, de laquelle il s'agit icy : Mais ce cas, qu'il est fort difficile de rencontrer, d'autant que le titre *Quæ in fraudem*, n'est pas d'un grand usage parmy nous, ne fait point d'obstacle à nostre proposition générale, que les créanciers de l'héritier, et principalement les chirographaires, ne peuvent demander la séparation des biens, contre laquelle je ne vois aucune raison solide, mais seulement quelque routine et mauvaise tradition, dont les Juges sont toujours en droit d'arrester le cours, comme d'une méchante monnaye.

21. Au reste, quand nous disons qu'il n'y a que les créanciers du défunt qui puissent demander la séparation des biens, nous ne prétendons pas exclure ses légataires, qui usent de ce même droit, non plus que son héritier nécessaire, qui ne fait que prester son nom pour la vente des biens de la succession, et qui outre la liberté qui luy est due, a droit de séparer ce qu'il a acquis depuis l'ouverture du testament, pour empêcher que cela ne se confonde avec les biens de son patron. Cette même action appartient encore dans le Droit aux créanciers du *pecule castrense* du fils, et au patron de l'affranchi, selon la Loy 1, § 9, et la Loy 6, § 1 *ff. de separation.*

P. 616.—La seconde condition est, qu'en termes de Droit la séparation doit estre demandée dans les cinq ans, du jour de l'addition d'hérédité, *L.* 1, § 13, *ff. eod.* ce qui ne s'observe point en France, où l'on tient pour maxime de n'admettre aucune des prescriptions du Droit Romain, si elle n'est confirmée par l'Ordonnance, ou par la Coutume. Brodeau sur Monsieur Louet, lett. H. nomb. 19. Maître Antoine Mornac sur la Loy qui vient d'estre citée, dit seulement, *nisi Constitutione Regia admissæ sint.*

Que si on avait fait un décret ou du total, ou de partie des biens de la succession, et que le prix en eût été distribué, sans que les créanciers du défunt se fussent avisez d'en demander

la séparation, ils ne seraient pas recevables à se pourvoir contre l'ordre et à demander la séparation, les choses n'estant plus entières à leur égard : ce qui a esté jugé au Parlement d'Aix par un Arrest rapporté dans la suite des Arrest de Boniface, tom. 3, liv. 1, tit. 30, chap. 2.

Voy. autorités sur art. 743.

Sirey et Gilbert, sur art. 881 *C. N. No.* 22. } Les poursuites qui n'ont d'autre objet que de faire déclarer le titre du créancier exécutoire contre l'héritier du débiteur, ne sont pas interruptives de la prescription de l'action en séparation de patrimoines.—21 Avr. 1823, Grenoble. (S. 26. 2. 125 ; C. n. 7.—D. A. 12. 464).

---

* 2 *Chabot, sur art.* 881 *C. N.* } 1. La loi 1, § 2, *D. de separationibus*, avait expressément décidé que les créanciers de l'héritier n'avaient pas le droit de demander la séparation des patrimoines contre les créanciers du défunt. *Ex contrario autem creditores heredis non impetrabunt separationem.*

Mais il paraît qu'en France cette disposition n'avait pas été adoptée, ou qu'au moins dans plusieurs tribunaux il s'était établi une jurisprudence contraire.

Lebrun et Pothier se sont fortement élevés contre cette jurisprudence. "Les créanciers de l'héritier, disait Lebrun, *Traité des Successions*, liv. IV, ch. II, sect. I, No. 13, n'ont pas le privilège de la séparation, par la raison qu'ils ne peuvent pas empêcher que leur débiteur ne contracte de nouvelles dettes et ne s'oblige, par l'adition d'hérédité, envers les créanciers de la succession."

C'était là aussi le motif de la loi romaine qui vient d'être citée. *Nam licet alicui, adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem.*

Le Code civil a donné la préférence à cette dernière opinion, et l'a définitivement consacrée par l'art. 881.

2. Mais Lebrun et Pothier soutenaient que, si l'héritier avait accepté une succession évidemment mauvaise et dans l'intention évidente de frustrer les créanciers, l'action en séparation des patrimoines, ou, au moins, l'action révocatoire contre l'acceptation d'hérédité, devait être permise aux créanciers de l'héritier, et ils se fondaient sur la loi 3, *D. quæ in fraudem* (42, 8), qui disait : *Sive se obligavit fraudandorum creditorum causa,...... vel quodcunque aliud fecit fraudem creditorum, palam est edictum locum habere.*

Mais la loi 1, § 5, *D. de separationibus* (42, 6), qui est spéciale sur la matière, ne s'exprimait pas d'une manière si absolue. Elle établissait d'abord en règle générale, que les créanciers de l'héritier ne pouvaient demander la séparation de son patrimoine, quoiqu'il eût accepté la succession en fraude de leurs droits, parce qu'ils devaient s'imputer d'avoir contracté avec un tel débiteur. *Quæsitum est an interdum etiam heredis creditores possint separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum alierit hereditatem. Sed nullum remedium est proditum ; sibi enim imputent qui cum tali contraxerunt.*

Elle disait bien ensuite que, s'il y avait eu ruse et fraude de la part de l'héritier, le prêteur pouvait venir au secours des créanciers ; mais elle ajoutait que cela ne pouvait être facilement admis. *Nisi si extra ordinem putamus prætorem adversus callidatem ejus subvenire, qui talem fraudem commentus est ; quod non facile admissum est.*

Comment doit être jugée la question sous l'empire du Code civil ?

On remarque d'abord que le Code n'a pas admis, au moins d'une manière expresse, l'exception qui se trouve dans la loi romaine. L'art. 881 dit généralement et sans aucune exception, que les créanciers de l'héritier ne sont point admis à demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de la succession.

L'art. 1167 du Code dit bien que les créanciers peuvent, en

leur nom personnel, attaquer les actes faits par leurs débiteurs, en fraude de leurs droits ; mais il ajoute qu'ils doivent *néanmoins*, quant à leurs droits énoncés au titre *des successions*, se conformer aux règles qui y sont prescrites. Or, il est bien dit dans l'article 788, au titre *des Successions*, que les créanciers du successible peuvent faire révoquer, dans leurs intérêts, la renonciation qu'il a faite à la succession qui lui était échue, et se faire autoriser à accepter la succession, en son lieu et place ; mais il n'est dit dans aucun des articles, soit du titre *des Successions*, soit des autres titres du Code, que les créanciers personnels de l'héritier qui a accepté une succession aient le droit de faire révoquer cette acceptation ou d'en empêcher les effets, et au contraire il est de principe élémentaire que l'acceptation d'une succession est irrévocable, sous la seule exception énoncée dans l'art. 783.

Cependant, s'il était prouvé qu'un individu n'avait accepté une succession évidemment mauvaise, que par suite d'une connivence frauduleuse avec les créanciers de la succession, il faut bien convenir que ces créanciers ne devraient pas être admis à exercer des droits sur les biens personnels de l'héritier, au préjudice de ses créanciers personnels, qui auraient des titres antérieurs à l'acceptation ; car ils ne peuvent profiter de leur propre fraude, pour s'enrichir au préjudice de créanciers légitimes : on l'a déjà dit, la fraude est à l'égard de tous ceux qui s'en sont rendus coupables ou complices, un vice résolutoire de toutes les obligations ; mais ce serait uniquement en vertu de l'action résultante de la fraude, que les créanciers du défunt pourraient être écartés par les créanciers personnels, et non parce que l'acceptation que le débiteur aurait faite de la succession serait révoquée, et non parce que les créanciers personnels pourraient exercer le droit de séparation.

---

* *C. N.* 881. } Les créanciers de l'héritier ne sont point admis à demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de la succcssion.

[ARTICLE 745.]

745. Les créanciers de la succession et ceux des copartageants ont droit d'assister au partage, s'ils le requièrent.

Si ce partage est fait en fraude de leurs droits, ils peuvent l'attaquer comme tout autre acte fait à leur préjudice.

745. The creditors of the succession and those of the copartitioners have a right to be present at the partition if they require it.

If the partition be made in fraud of their rights, they may attack it in the same manner as any other act made to their detriment.

---

* *Louet, lettre R, som.* 20, 21. } 20. Le 27 Janvier 1596, au rapport de Monsieur le Roi, en la première Chambre des Enquêtes, jugé au procès d'entre Heron, de France, et les Maillards, qu'une sœur ayant renoncé à la succession de son frère, et ses enfans appréhendé la succession, les créanciers de la sœur étaient bien fondez à demander, qu'elle eût à se porter héritière à leurs périls et fortunes, et appréhender la succession, en baillant par lesdits créanciers bonne et suffisante caution à la sœur, de la rendre franche et quitte de tout l'événement de la dite succession, auparavant qu'elle fût tenue d'appréhender ladite succession : lesquels créanciers seraient tenus de soutenir toutes les actions qui seraient intentées pour raison de ladite succession, et faire juger à leurs dépens toutes les instances, sans que ladite sœur en pût souffrir aucune perte et dommage.

Que lesdits créanciers auraient communication de l'inventaire des meubles, titres et obligations de l'hérédité, et déclaration des immeubles : pour en être vendu par lesdits créanciers jusques à la concurrence de leur dû, qui est une limitation à la règle : *Qu'il ne se porte héritier qui ne veut :* A, et par cet Arrêt on a jugé en succession collatérale ce qui n'avait été jugé qu'en directe, *in qua sunt veluti sui hæredes ;*

auquel cas la disposition de la Loi n'avait point lieu, qui permettait de s'abstenir de l'hérédité.

Maître Charles du Molin a tenu l'opinion contraire, au § 1. *glos.* 3, *num.* 12 *et* 13, de la Coûtume de Paris : *alia enim ratio debitorum qui acquirere nolunt, alia qui proprium patrimonium diminuunt.* Mais il y a une grande particularité en cet Arrêt. la mère renonçait à l'hérédité, pour la faire tomber en ses enfans, qui est en effet la retenir pour elle. étant héritière de sesdits enfans, aux meubles et acquêts et étant d'autant plus déchargée, que ses enfans auraient de commoditez.

Sed quid, si les enfans ne se fussent point portez héritiers, que par le moyen de telle renonciation. l'hérédité fût allée à des étrangers, ou autres collatéraux, ou d'une autre branche, l'opinion de du Molin aurait lieu : qui est la disposition du Droit commun, *nec enim debitores patrimonium diminuere dicuntur :* mais l'équité résiste à cette opinion, *cum spes hæreditatis futuræ fit in bonis*, et que telle espérance porte souvent les créanciers à prêter leurs deniers : et les débiteurs ne se peuvent excuser, de refuser un bien qui leur appartient, et par le moyen duquel ils peuvent satisfaire à leurs créanciers : ce qui reçoit moins de difficulté, quand les créanciers offrent de dédommager et indemniser leurs débiteurs. de telles additions d'hérédité : ce qui rend cette espérance de succéder plus assurée ; c'est qu'elle est affectée à l'héritier par les Coûtumes, en la plûpart desquelles l'institution de l'héritier n'a lieu : aussi qu'en pays Coûtumier le mort saisit le vif. sans autre appréhension d'hérédité.

La vraye raison de du Molin était, qu'il est si hazardeux de se porter héritier. et il survient tant d'accidens, qu'il n'y a aucune précaution qui y puisse remédier.

A.—Cet Arrêt a été prononcé en robes rouges, par Monsieur le Président Forget, le 9 Avril 1596. *Vide Choppin. de morib. Paris lib.* 2, *tit.* 5, *num.* 10. de Montholon § 2, de ses Arrêts prononcez en robes rouges. *Tiraq. de jure primog. qu.* 24. Corbin en ses Loix de la France, Arrêt 17. *facit lex.* 32. *in princ. mandari, si hereditatem aliter aditurus non essem, quàm cautum mihi*

fuisset damnum præstari, etc. C'est la caution de l'indemnité que baille le fideicommissaire à l'héritier institué, *ut suo periculo adeat, l. quia poterat* 4. *in princ. l. cum hæreditat.* 36. *ad Treb. si quis omissa cau. test.* § *sed quia. Inst. de fideicom. hæred.*

Il semble néanmoins qu'en ce cas, comme au précédent (sans contraindre le débiteur à se porter héritier, vû que par notre Coûtume générale, *il ne se porte héritier qui ne veut*) les créanciers se peuvent faire subroger au lieu de leur débiteur, pour accepter la succession, *etiam eo invito*, à laquelle il ne peut pas renoncer, ni la transférer à un autre à leur préjudice, et de l'hypothèque qui leur est acquise sur tous ses biens, tant présens qu'à venir, par l'argument de la Loi penultième, *C. de non num. pec.* qui dit, que *exceptiones quæ competunt debitori, competunt etiam creditoribus quibus eo invito uti possunt: arg. l. tam mandatori* 12. *eod. tit. l. emptori* 28. *in princ. C. de evict. l.* 2. *C. quando Fisc. vel. priv. debit. sui debitor conven. pass. vel debeat.*

Et de fait, il se pratique tous les jours, qu'un mauvais débiteur, étant négligent d'observer ses actions, comme de s'opposer à un décret, prêter la foi et hommage, et autres semblables, ses créanciers sont recevables à demander qu'ils soient subrogez, et reçus à les intenter, au nom, périls, et fortunes de leur débiteur. La Coûtume de Normandie y est formelle, art. 278, qui porte, *qu'avenant que le débiteur renonce, on ne veuille accepter la succession qui lui était échue, ses créanciers se pourront faire subroger en son lieu et droit, pour l'accepter, et être payez sur ladite succession, jusques à la concurrence de leur dû, selon l'ordre de priorité et postériorité : et s'il reste aucune chose, les dettes payées, il reviendra aux autres héritiers plus prochains après celui qui a renoncé.* Il y a une décision singulière sur ce sujet, dans Coquille, sur la Coûtume de Nivernois, titre 4, des Fiefs, article 11.

21. Le 8 Juillet 1598, il fut jugé, au rapport de Monsieur Portail, en la cinquième Chambre des Enquêtes, entre Vestier et Deguy, que la renonciation faite par le fils à la succession du père, pour la faire tomber à ses enfans, n'était point va-

lable, comme faite pour frustrer ses créanciers : nonobstant laquelle renonciation, la portion des biens de l'hérédité, qui eût pû appartenir au fils qui avait renoncé, a été déclarée affectée à ses créanciers. pour le payement de ce qui leur était dû, ledit Arrêt prononcé le 22 Juillet ensuivant. A

A.—Voyez du Molin sur la Coûtume de Paris, §. 1. glose 3. *in verbo*, peut, nomb. 9. de celui qui renonce à un droit certain et assuré, même à une hérédité échûe, et non acceptée.

Par Arrêt du Vendredi dernier jour d'Août 1618. plaidant Brisejon, Hudon, et Monsieur l'Avocat Général Servin, Monsieur le Président de Hacqueville prononçant : il a été jugé, que des créanciers ne peuvent demander distraction de la légitime de leur débiteur sur les biens provenant de la succession de sa mère, échûe avant qu'ils eussent contracté avec lui, et dont la propriété a été par elle léguée à ses petits-enfans. M. Bardet en son Recueil, tome 1, livre 1, chapitre 45.

Il a été rendu Arrêt au Grand-Conseil, le 13 Septembre 1692, sur un délibéré, entre Monsieur le Duc de Mazarin, et le sieur Marquis de Richelieu, et la Dame son épouse, fille du dit sieur Duc de Mazarin, et sur les contestations d'entre les dites parties, au sujet de la renonciation que M. le Duc de Mazarin avait exigée de la Dame sa fille, à toutes successions directes et collatérales, échûes et à écheoir, même aux 600000 livres données par Monsieur le Cardinal de Mazarin aux enfans puinez de Monsieur le Duc de Mazarin ; ainsi qu'il est porté par le contrat de mariage desdits sieurs et Dame de Richelieu ; moyennant laquelle renonciation, ledit sieur Duc avait consenti à leur mariage ; et contre laquelle renonciation, ladite Dame Marquise de Richelieu avait fait des protestations et pris des Lettres de rescision. Par lequel Arrêt, ayant aucunement égard à l'intervention des parens de la Dame Marquise de Richelieu. et aux Lettres de rescision par elle prises, les parties ont été remises en tel et semblable état qu'elles étaient avant le contrat de mariage, en ce que l'on a reçu la renonciation de la Dame Marquise de Richelieu à la succession de la Dame sa mère, aux successions collatérales.

et à la substitution portée par le testament de Monsieur le Cardinal de Mazarin. Ainsi il a été jugé, qu'une fille mineure ne peut renoncer valablement à des droits acquis, et à des substitutions et successions qui ne sont pas encore ouvertes. Voyez le Plaidoyer de Monsieur l'Avocat Général Briçonnet, dans lequel toutes les raisons dont les parties se sont respecpectivement servies, sont rapportées tout au long. Journal du Palais in fol. tome 2, page 822, et in-4o part. fol. 155.

Autre Arrêt du 3 Mai 1692, rendu entre les enfans de Denise Montrochier, et ses oncles ; frères de leur mère, qui a confirmé une Sentence du Présidial de Riom, du 10 Décembre 1678, qui avaient ordonné que lesdits enfans de Denise Montrochier viendraient à partager avec leurs oncles dans la succession de l'un des frères de ladite Montrochier : la difficulté était que les père et mère de ladite Montrochier l'avaient fait renoncer, moyennant sa dot, *de tous droits paternels et maternels, à leur profit, et de leurs enfans nés et à naître, sauf et à elle réservée la loyale et collatérale échoite :* ce qui donnait lieu à trois questions, la première, de sçavoir si ladite Montrochier n'était pas suffisamment réservée pour les successions collatérales ; la seconde, sçavoir si cette réserve de collatérale échoite l'appellait à la succession à mesure qu'un de ses frères mourait, où si elle ne l'appellait qu'après la mort de tous ses collatéraux : et la troisième, si cette réserve était transmissible aux enfans de ladite Montrochier, en cas qu'elle décédât devant ses frères et sœurs. Voyez M. Denys le Brun, en son traité des successions in fol. liv. 3, chap. 10, sect. 1, No. 8.

---

* *Lebrun, Succ., liv.* 3, *ch.* 8, *s.* 2. } La troisième condition des renonciations aux successions échûes, est qu'elles ne soient pas faites en fraude des créanciers : car quoique l'on dise communément que le titre *Quæ in fraudem creditorum*, n'a pas lieu en France, néanmoins en certains cas, nostre Droit a esté plus loin que le Droit Romain, pour empêcher qu'il ne fût permis à un débiteur de frustrer ses

créanciers. Dans le Droit Romain, un débiteur pouvait renoncer à une donation, à un legs, et à une succession, comme il pouvait ne pas demander sa falcidie, et sa Trebellianique, sans être accusé de frauder ses créanciers, *L.* 6. 19. et 20. *ff. Quæ in fraudem.* Surquoy il faut voir Monsieur de Cambolas, liv. 6, chap. 8. Au lieu qu'en France non seulement nous permettons aux créanciers de prévenir, et d'intervenir au partage ; mais même quand le débiteur a prévenu par une renonciation frauduleuse, nous revoquons sa renonciation, et l'obligeons de céder ses droits à ses créanciers, ou nous les recevons à les exercer. Monthelon, Arr. 55. Louet R. nomb. 20 et 21. et nous avons quelque chose de semblable en matière de douaire, où le mari ne peut pas renoncer à une succession directe qui lui est échûe, pour la laisser à ses enfans, et la soustraire au douaire de sa femme. Et cet établissement a lieu, soit que le débiteur renonce pour faire venir ses enfans en sa place, soit qu'il renonce sans cette vûe ; parce qu'il suffit que sa renonciation frustre ses créanciers d'un droit dont il estait saisi par la Coutume : c'est le sentiment de Monsieur Louet à l'endroit qui vient d'estre cité. Mais Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2, tit. 5, nomb. 10 sur la fin, est d'avis contraire, et Maistre Charles du Molin sur la Coutume de Paris, § 1, glose 3, n. 15, a aussi esté de cette opinion, que quand un débiteur en haine de ses créanciers, renonce à une succession opulente moyennant un prix modique, ses créanciers n'ont que la faculté de saisir ce qui luy a esté promis, et ne peuvent pas revoquer sa renonciation : ce que l'usage a absolument reprouvé, en donnant l'action révocatoire aux créanciers pour exercer les droits de leur débiteur. Cela a aussi lieu, soit que le débiteur voulût frustrer ses créanciers d'une simple légitime, au cas que le défunt ait disposé, soit qu'il les voulust frustrer d'une succession entière. Enfin, les Arrests ont établi cette Jurisprudence aussi bien pour les successions collatérales échûes au débiteur, quoiqu'elles luy soient moins dûes, que pour les successions directes. Il y avait néanmoins d'anciens Arrests, qui distinguaient entre

une succession, et une donation, jugeant que les créanciers pouvaient exercer les droits de leur débiteur pour recueillir une succession, nonobstant qu'il y voulust renoncer, mais non pas pour donner atteinte à une donation entre-vifs, et pour demander sa légitime, et c'est ce qui avait esté jugé par un Arrest du mois de Décembre 1561, rapporté par Monsieur Valla *Tract.* 12, ce qui est suivi par de Lommeau, en ses Maximes, liv. 3. Mais il faut observer, que dans tous les cas, où les créanciers obligent leur débiteur de se porter héritier, ou de leur céder ses actions, ils doivent luy donner caution de l'acquitter et indemniser, et doivent soûtenir toutes les actions à leurs frais et dépens ; parce que le débiteur, qui est contraint de leur céder ses actions, devient héritier. C'est pourquoy comme il n'y a point de cautionnement qui suffise à cet égard, il est mieux qu'il les laisse subroger à ses droits par défaut, et qu'il ne preste point de consentement. Car on ne le peut pas rendre héritier malgré luy. Aussi c'est le parti que suit la Coutume de Normandie en l'art. 277. Pour l'acceptation faite par l'héritier en fraude de ses créanciers particuliers, il faut voir le liv. 4, chap. 2, sect. 1, nomb. 20.

Idem. Liv. 4, *ch.* 1. } 51. Pour parler à présent des restitutions contre les partages, ou elles se demandent par des mineurs, ou par des majeurs. Celles des mineurs sont autorisées par la Loy dernière *C. fam. ercisc.* et par la Loy 1 *C. si advers. trans. vel divis.* Mais comme on ne peut faire parmi nous qu'un partage provisionnel avec un mineur, régulièrement il n'est pas besoin de restitution si ce n'est pour récompenser le mineur, du préjudice qu'il a souffert dans la perception des fruits, comme il a esté dit cy-dessus. Il peut arriver néanmoins qu'il ait besoin de restitution, lors, par exemple, qu'il a confirmé le partage depuis sa majorité ; quoiqu'en ce cas la restitution s'examinera suivant les règles établies pour la restitution des majeurs : La ratification estant un véritable partage fait en majorité, suivant la Loy 1. *C. si major factus alienat.* Aussi cette même Loy première semble réserver la restitution, quand il y a du dol dans le partage : et, en ce cas,

cette restitution est si favorable, qu'elle ne se prescrit que du jour de la découverte du dol et de la fraude ; ou au moins du jour qu'on l'a dû, ou pû découvrir, suivant Maistre Antoine Mornac, sur la Loy 41. *ff. fam. ercisc.* Et qu'elle a lieu nonobstant que les choses ne soient pas entières, et qu'on ait vendu des biens de la succession, soit de la part du demandeur en lettres, soit de celle du défendeur. Autrement la juste ignorance de l'un luy causerait une lésion et un préjudice considérable ; et la mauvaise foy de l'autre, qui luy ferait précipiter l'aliénation de son lot, luy réussirait.

A l'égard du partage fait entre majeurs. si l'on suit la disposition du Droit, il faut une lésion d'outre moitié de juste prix pour y donner atteinte, ce qui résulte de la Loy 1 et de la Loy *Majoribus* 3, *C. comm. utr. jud.*

55. C'est encore une question de sçavoir, si le partage estant réglé par une transaction, l'on y pourra donner atteinte sur le fondement d'une lésion du tiers au quart. Et il faut distinguer entre les partages en forme de transactions, et les transactions qui sont faites sur des procés intentez pour donner atteinte à des partages qui ont déjà esté faits. Car les partages en forme de transactions peuvent estre cassez sur le fondement d'une simple lésion du tiers au quart, parce que quelque clause qu'on y ait apposée, ce sont toujours de véritables partages : et c'est ce qui a esté jugé par un Arrest du 27 Février 1577, rapporté par de Lhommeau, liv. 3, max. 36 et par Papon, liv. 15, tit. 7, Arr. 7. Mais quand on transige sur une instance de Lettres de rescision obtenues contre un premier partage qui avait esté fait, l'on est véritablement dans l'espèce de l'Ordonnance du mois d'Avril 1560, appellée l'Ordonnance *des transactions :* et par conséquent la restitution même qui serait prétextée d'une lésion d'outre moitié de juste prix, ne serait pas reçûe. Aussi l'on n'est pas demeuré, en ce cas, aux termes d'un simple partage, mais l'on a fait un nouveau titre aux copartageans.

Que si après un procès de partage tout instruit l'on transige, en ce cas, j'estime que la transaction est un simple partage,

contre lequel l'on se peut encore pourvoir : car comme l'on ne fait pas ordinairement de partage sans mémoire et sans instruction, il n'importe pas que la discussion se fasse par un procès, ou par quelqu'autre manière, et l'acte qui finit cette discussion, est toujours un véritable partage, quelque nom, ou quelque couleur qu'on lui donne : Ainsi il est sujet à estre cassé pour lésion du tiers au quart. D'autant plus que la faveur de l'égalité détruit l'induction que l'on voudrait tirer, en ce cas, d'une dénomination et d'une forme plus avantageuse, que l'on a voulu donner à la chose, et oblige de considérer la nature, plûstost que la forme extérieure du contrat. Tellement que l'Ordonnance des transactions n'a lieu en ces matières, que lorsqu'y ayant eu un partage fait, l'une des Parties s'est pourvûe par Lettres, auquel cas la chose estant bien sérieuse et sans fraude, l'accord et la transaction, que les Parties feront sur cette contestation, passera pour une véritable transaction, et non pas pour un simple partage, et par conséquent ne pourra recevoir d'atteinte pour lésion du tiers au quart, ni même si l'on s'attache aux termes de l'Ordonnance, pour lésion d'outre moitié du juste prix. Ce qui n'exclut pas la restitution pour lésion énorme, comme il a esté jugé aux grands Jours de Moulins par un Arrest du 16 Septembre 1540, rapporté par Guenois sur cette Ordonnance.

Enfin, toutes les clauses générales que l'on a coutume d'apposer aux partages qui sont faits en forme de transactions, ou autrement, comme de ne point aller à l'encontre, de n'y point contrevenir et les autres, n'empêchent point cette restitution dont nous parlons, et si dans les autres contrats elles ne font point d'obstacle pour les articles dans lesquels les Parties par une ignorance de fait, ont passé des obligations injustes, ou payé des choses qu'ils ne devaient pas, *L. ult.* § *item quæs. ff. de condit. indeb.* ni pour les articles obmis, suivant la Loy *Si de certa re* 31. *C. de transact.* elles n'en font point non plus icy pour la restitution, au cas d'une simple lésion du tiers au quart ; parce que dans les autres contrats, la bonne foy suffit, mais dans celuy cy l'égalité y est essentielle.

* 3 *Toullier*, *Liv.* 3, *Tit.* 1, *Nos.* 531-2. } 531. L'héritier qui a cessé de posséder sans fraude les biens soumis à l'hypothèque, ne peut plus être poursuivi solidairement, quand même il posséderait d'autres immeubles de la succession ; car, suivant le nouveau régime hypothécaire, il n'y a plus que l'hypothèque légale et l'hypothèque judiciaire qui s'étendent sur tous les biens.

L'hypothèque conventionnelle ne pouvant plus être que spéciale, l'action qui en résulte ne peut être dirigée que contre les détenteurs de l'immeuble spécialement affecté au paiement des dettes.

532. Cette observation est importante ; car le créancier chirographaire, qui n'a pas eu la précaution d'agir avant le partage, peut courir le risque de perdre une partie de la créance par l'insolvabilité de l'un des héritiers.

En effet, la créance étant divisée de plein droit par portions viriles, si l'un des héritiers, que l'on suppose au nombre de quatre, a vendu et dissipé tous ses biens, ainsi que ceux qu'il avait recueillis dans la succession, le créancier perd le quart de la créance, n'ayant plus aucune action pour la réclamer vers les autres héritiers, contre lesquels il n'a d'action personnelle que pour leur portion virile, quoiqu'ils possèdent des immeubles de la succession, pourvu que ces immeubles soient libres d'hypothèque.

545 Nous avons dit que tous les créanciers, même chirographaires, du défunt, peuvent demander la séparation des patrimoines : ce droit est même accordé aux créanciers ou légataires, dont le droit est sursis par un terme non encore échu, ou suspendu par une condition qui n'est pas encore arrivée, et par conséquent aux créanciers de rentes constituées, quoique le capital ne soit pas exigible.

546. Le droit de séparation ne peut plus être exercé, lorsqu'il y a novation dans la créance de la part du créancier du défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur (879).

547. Les créanciers de l'héritier ne sont point admis à demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de

la succession (art. 881), par la raison décisive qu'ils ne peuvent pas empêcher que leur débiteur ne contracte de nouvelles dettes, et ne s'oblige par l'adition d'hérédité aux créanciers du défunt (1).

Le Code, en ce point, a préféré avec raison l'autorité du droit romain à l'opinion de plusieurs de nos plus célèbres jurisconsultes français, à celle de quelques arrêts qui avaient jugé que les créanciers de l'héritier pouvaient, comme ceux du défunt, demander la séparation des patrimoines.

548. Les créanciers du défunt qui ont obtenu la séparation des patrimoines, et qui n'ont pas été payés entièrement sur les biens de la succession, n'en sont pas moins autorisés à exercer leurs droits sur les biens des héritiers (2).

(1) L'article 780 du Code autorise les créanciers de l'héritier à accepter de son chef une succession à laquelle il veut renoncer à leur préjudice; mais il ne les autorise pas à l'empêcher d'accepter une succession dans laquelle il y a des dettes. *Vid.* leg. 6, *ff. de his qui in fraud. credit.*, lib. 42, tit. 8.— [*V.* toutefois ce que dit Pothier, *Traité des successions*, ch. 5, art. 4. Comp. Delvincourt, tome 2, note 7 de la page 58; Zachariæ, t. 4, § 618, et le renvoi; Chabot, sur l'art. 881, No. 2; Grenier, *des Hypothèques*, tome 2, page 425; Duranton, tome 7, No. 503. (Note de M. Duvergier.)

(2) Pothier, *des Successions*, chap. 5, art. 4, page 615; Lebrun, liv. 4, chap. 2, sect. 1, No. 26. Mais ces deux auteurs pensent que les créanciers du défunt ne peuvent alors exercer leurs droits sur les biens de l'héritier, qu'après que les créanciers de ce dernier sont satisfaits. Cette restriction, assez équitable, peut souffrir de la difficulté sous l'empire du Code, car on ne voit rien qui autorise en ce cas les créanciers de l'héritier à être payés de préférence sur les biens de leur débiteur, lorsque les créanciers du défunt ont demandé la séparation des patrimoines. *V.* Chabot, sur l'art. 878, *in fine*. Le droit romain n'a plus force de loi.—[Comp. Merlin, *Répertoire*, Vo. Séparation des patrimoines, § 5, No. 6; Grenier, *des Hypothèques*, tome 2, 437; Zachariæ, tome 4, § 618; Delvincourt, tome 2, note 9 de la page 58. Cet auteur ajoute que le recours sur les biens de l'héritier ne peut avoir lieu qu'après que tous les biens de la succession sont épuisés. Autrement, en effet, ce recours emporterait effectivement renonciation au bénéfice de la séparation, et par suite les biens de la succession qui existeraient encore dans la main de l'héritier se confondraient avec son patri-

* 2 *Chabot, sur art. 882 C. N.* } 1. Il était juste de donner aux créanciers des héritiers la faculté d'assister au partage de la succession, pour y veiller à ce qu'il ne fût pas fait au préjudice de leurs droits. Il pourrait arriver en effet, qu'un copartageant, qui serait d'accord avec ses cohéritiers, ferait diminuer ostensiblement dans l'acte de partage, le lot qui lui serait attribué, ou ne prendrait que de l'argent ou du mobilier qu'il pourrait aisément soustraire, et priverait ainsi ses créanciers des droits qu'ils auraient pu exercer sur sa portion dans les immeubles. Afin de prévenir toute fraude à cet égard, l'art. 882 donne aux créanciers des héritiers le droit de s'opposer à ce qu'il soit procédé au partage de la succession, hors de leur présence, et les autorise même à y intervenir, mais à leurs frais.

6. La disposition de l'art. 882 est applicable à l'acquéreur des droits successifs de l'un des héritiers. Il est évident que cet acquéreur a, au moins, les droits d'un créancier, et qu'en conséquence il peut également s'opposer à ce qu'il soit procédé au partage hors de sa présence. Il a un très grand intérêt à surveiller les opérations et notamment la formation des lots, pour avoir toute la portion qui appartient à son vendeur dans la masse de la succession. Mais aussi, tant que cet acquéreur n'a pas notifié son titre aux cohéritiers du vendeur, tant qu'il n'a pas formé opposition à ce qu'il soit procédé au partage hors de sa présence, ou qu'il n'est pas légalement intervenu dans l'instance en partage, les cohéritiers peuvent régulièrement procéder au partage avec le vendeur, qui est toujours à leur égard l'héritier ayant droit au partage.

Comme le fait justement observer notre auteur, la loi accorde aux créanciers deux sortes d'actions pour la conservation de leurs intérêts :

1o. Ils peuvent attaquer de leur chef. et en leur *nom person-*

moine, et deviendraient, comme ses autres biens, le gage de ses propres créanciers. *V.* également sur ce point Zachariæ, *loc. cit.* Comp. Duranton, tom. 7, No. 552. *V.* au surplus le *Traité de la séparation des patrimoines*, par *M. Blondeau*.] (Note de M Duvergier.)

nel les actes passés par leur débiteur en fraude de leurs droits, conformément à l'art. 1167. C'est de cette action que nous venons de nous occuper *sous l'observation* précédente. 2o. Si le débiteur néglige d'exercer quelque action qui lui procurerait des ressources pour se libérer, ses créanciers sont admis à l'exercer *en son nom*, en vertu de l'art. 1166. C'est donc par application de cet article, que le créancier peut se pourvoir du chef de son débiteur en rescision de l'acte de partage pour cause de dol, violence, ou lésion de plus du quart.

---

* *C. N.* 865. }
" 882. } 865. Lorsque le rapport se fait en nature, les biens se réunissent à la masse de la succession, francs et quittes de toutes charges créées par le donataire ; mais les créanciers ayant hypothèque peuvent intervenir au partage, pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits.

882. Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence : ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais ; mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée.

SECTION IV.

DES EFFETS DU PARTAGE ET DE LA GARANTIE DES LOTS.

746. Chaque copartageant est censé avoir succédé seul et immédiatement à toutes les choses comprises dans son lot, ou à lui échues sur licitation et n'avoir jamais eu la propriété des autres biens de la succession.

SECTION IV.

OF THE EFFECTS OF PARTITION AND OF THE WARRANTY OF SHARES.

746. Each copartitioner is deemed to have inherited alone and directly all the things comprised in his share, or which he has obtained by licitation, and to have never had the ownership of the other property of the succession.

* *ff. De fam. ercis., L. 20, § 3, L. 44.* } *L.* 20, § 3. Si pater inter filios, sine scriptura, bona divisit, et onera æris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potiùs supremi judicii divisionem, Papinianus ait. Planè, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant, et unus placita detrectet, posse cum eo præscriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisæ sint. (ULPIANUS).

L. 44. Inter coheredes etiam communi dividundo agi potest, ut res duntaxat, quæ eorum communes sint, et causæ ex his rebus pendentes in judicium veniant : de cæteris vero in integro sit familiæ erciscundæ judicium. (PAULUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } *L.* 20, § 3. Si le père a partagé lui-même ses biens entre ses enfans, sans que ce partage ait été mis par écrit, et qu'il les ait chargés de payer ses dettes à proportion des possessions qu'il leur a données, Papinien pense que ce partage doit être regardé comme une disposition de sa dernière volonté et non comme un testament. Si les créanciers forment leurs actions contre chacun pour les faire condamner à payer les dettes suivant leurs portions héréditaires, et qu'un des enfans refuse d'observer l'arrangement convenu, on pourra intenter contre lui une action générale pour l'obliger à exécuter la convention, comme si les cohéritiers avaient fait un échange entr'eux sous certaines conditions ; mais on suppose alors que tous les effets ont été partagés. (ULPIEN).

L. 44. Il peut y avoir lieu au partage d'une chose commune entre les cohéritiers, à l'effet de partager entr'eux une chose particulière qui leur est commune avec ses dépendances ; le reste sera partagé entr'eux en entier par un jugement en partage d'hérédité. (PAUL).

---

* *Cod. Comm. utriusque, L.* 1. } 1. Divisionem prædiorum vicem emptionis obtinere placuit.

PP. 6 calend. decemb. Gentiano et Basso, Conss. 212.

Ibidem. / *Trad. de P. A. Tissot.* } On a décidé qu'un partage a la force d'une vente.

Fait le 6 des calendes de décembre, sous le consulat de Gentien et de Bassus. 212.

---

* 2 *Pothier, Oblig.*, *No.* 317. } 317. Lorsque la dette a souffert division tant de la part du créancier que de celle du débiteur, *putà*, si le créancier a laissé quatre héritiers, et que le débiteur en ait pareillement laissé quatre, chacun des héritiers du débiteur, qui, par la division arrivée du côté du débiteur, n'est tenu que du quart de la dette, peut payer divisément, et pour le quart seulement dont il est débiteur, le quart qui est dû à chacun des héritiers du créancier ; c'est-à-dire qu'il paiera à chacun d'eux le quart du quart, qui est un seizième au total (1).

---

* 7 *Pothier, Comm., Nos.* 140-1, *et No.* 711 *à* 715. } 140. Les héritages et autres immeubles d'une succession échus à quelqu'un par le partage qu'il en a fait avec ses cohéritiers, lui sont propres entièrement, et non pas seulement pour la part héréditaire qu'il avait avant le partage. Quand même ils excèderaient le montant de sa part héréditaire, et

(1) Ce sera bien le cas de dire avec la loi 3, ff. *Familiæ erciscund : quia sæpè et solutio et exactio partium non minima incommoda habet ;* alors les parties intéressées, au cas de partage à l'amiable, ou le juge, au cas du partage judiciaire, pourront faire usage du remède indiqué par la même loi : *Planè ad officium judicii,* ff. *non numquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido, aliis alias attribuat.*

Mais, malgré notre article 883, il faudrait raisonner encore, comme le jurisconsulte romain : *Nec tamen scilicet hæc attributio illud efficit, ut quis solus totum debeat vel totum alicui soli debeatur ; sed ut sive agendum sit partim suo, partim procuratorio nomine agat ; sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur.*

Cette manière de procéder, loin d'être un partage ou une division, est au contraire une cession de dettes ou de créances qui opère réunion des fractions produites par la division légale.

Art. 883 : " Chaque cohéritier, etc." (Bugnet.)

seraient chargés en conséquence d'un retour en deniers, ils seraient entièrement propres, et non pas seulement jusqu'à concurrence de sa part héréditaire. Par conséquent, suivant notre règle, ils doivent aussi être entièrement propres de communauté quand même le partage aurait été fait durant le mariage, sauf seulement la récompense que le conjoint héritier doit de la somme qu'il en a tirée pour payer le retour dont son lot était chargé.

Cette maxime est tirée de notre jurisprudence française, sur la nature des partages.

Ces principes sont, sur cette matière, entièrement opposés à ceux du droit romain.

Suivant ceux du droit romain, un partage était regardé comme une espèce de contrat d'échange, par lequel chaque cohéritier échangeait les parts qu'il avait, avant le partage, dans les héritages tombés dans les lots de ses cohéritiers, contre celles que les cohéritiers avaient, avant partage, dans ceux tombés dans le sien.

En conséquence, chaque héritier était censé n'avoir succédé au défunt aux héritages tombés dans son lot, que pour la part dont il était héritier, et avoir acquis de ses cohéritiers les autres parts, avec la charge des hypothèques des créanciers particuliers de ses cohéritiers ; L. 6, § 8, ff. *comm. divid.*

Au contraire, suivant les principes du droit français, les partages ne sont pas regardés comme des titres d'acquisition : la part que chaque héritier a dans les biens de la succession avant le partage, est une part indéterminée ; c'est le partage qui la détermine aux effets tombés au lot de cet héritier. Le partage est censé ne faire autre chose que de déterminer la part à laquelle chaque héritier a succédé au défunt, qui était auparavant indéterminée ; et il la détermine aux seuls effets tombés dans son lot. Au moyen de cette détermination que fait le partage, et de l'effet rétroactif qu'on lui donne au temps du décès du défunt, le défunt est censé avoir, dès l'instant de son décès, saisi en entier chacun de ses héritiers, de toutes les choses comprises dans leur lot, à la charge des retours :

chaque héritier est censé avoir seul succédé entièrement à toutes lesdites choses, à la charge des retours, s'il y en a, et n'avoir rien acquis de ses cohéritiers par le partage.

141. Ces principes ont lieu, non-seulement à l'égard du premier partage qui se fait entre des cohéritiers : ils ont lieu pareillement à l'égard des subdivisions. Lorsque, par le premier partage, quelques effets de la succession sont demeurés indivis entre tous, ou seulement entre quelques-uns des cohéritiers, il reste à faire entre eux une subdivision de ces choses restées en commun : *Nulla enim in æternum communio est.* La part de chacun de ces cohéritiers, par rapport aux choses qui leur sont demeurées communes et indivises, est encore indéterminée jusqu'à la subdivision qui doit s'en faire ; cette subdivision la détermine aux choses qui tombent dans le lot de chacun par la subdivision. Cette subdivision a, de même que le premier partage, un effet rétroactif au temps du décès du défunt, de manière que chacun d'eux est censé avoir seul succédé au défunt à tous les effets contenus dans le lot qui lui est échu par la subdivision, et n'est censé avoir rien acquis de ses copartageants.

711. Selon les principes de notre jurisprudence française, qui sont différents en cela du droit romain, les partages ne sont pas regardés comme des titres d'acquisition, mais comme des actes qui n'ont d'autre effet que de déterminer la part indéterminée et indivise de chacun des copartageants dans les biens qui sont à partager, aux seules choses qui échéent par le partage aux lots respectifs de chacun d'eux.

Suivant ces principes, le partage des biens de la communauté, qui se fait entre le mari ou ses héritiers d'une part, et la femme ou ses héritiers d'autre part, n'a d'autre effet que de déterminer la part indéterminée et indivise que chacune des parties a dans les biens de la communauté, aux seules choses qui, par le partage, lui échéent en son lot.

En conséquence, le mari est censé avoir acquis pour le compte de lui seul, et pour le remplir de sa part dans la communauté, tous les conquêts échus en son lot, et en avoir été

toujours seul propriétaire, sans en rien tenir de sa femme, ni des héritiers de sa femme : et il est censé au contraire n'avoir jamais été propriétaire en son propre nom pour aucune part de ceux échus au lot de sa femme, ou des héritiers de sa femme, et n'y avoir jamais eu d'autre droit que celui qu'il y a eu en sa qualité de chef de la communauté, pendant le temps qu'elle a duré.

Pareillement, la femme est censée avoir acquis par le ministère de son mari, pour le compte d'elle seule, et pour la remplir de sa part en la communauté, tous les effets échus en son lot, et en avoir été seule propriétaire depuis le temps des acquisitions, sans en rien tenir de son mari, et au contraire n'avoir jamais eu de part dans ceux échus au lot du mari.

712. A l'égard des propres ameublis, lorsqu'ils tombent par le partage au lot de la partie qui a fait l'ameublissement, elle est censée en avoir toujours été seule propriétaire au même titre auquel elle l'était lorsqu'elle les a apportés à la communauté.

Lorsque les propres ameublis par l'une des parties, tombent au lot de l'autre partie, la partie au lot de laquelle ils sont tombés par le partage, est censée les avoir acquis dès le temps qu'ils ont été apportés à la communauté, et en avoir été seule propriétaire depuis ce temps.

713. La licitation est un acte qui tient lieu de partage, lorsque c'est une des parties licitantes qui se rend adjudicataire de l'héritage licité ; elle a en ce cas le même effet que le partage. La partie qui s'est rendue adjudicataire de l'héritage licité, quand même cet héritage aurait seul composé tout le bien immeuble de la communauté, est censée ne rien tenir de l'autre partie dans l'héritage dont elle s'est rendue adjudicataire par la licitation, et en avoir toujours été propriétaire pour le total, à la charge de payer à l'autre partie sa part du prix de la licitation.

L'autre partie licitante, qui ne s'est pas rendue adjudicataire, est censée n'avoir jamais eu aucune part dans l'héritage adjugé par la licitation. Elle avait bien une part indivise dans

l'universalité des biens immeubles de la communauté, laquelle part était un droit immobilier, mais l'universalité des biens immeubles de la communauté étant quelque chose de distingué, par l'entendement, des individus qui la composent, cette part dans l'universalité n'a jamais été une part déterminée à aucun des individus qui la composaient ; et par la licitation, cette part ne s'est déterminée à aucun héritage, mais seulement à la portion du prix qui revient à cette partie dans le prix de la licitation ; et en conséquence, elle est censée n'avoir jamais eu aucune part dans l'héritage licité.

Lorsque c'est une des parties licitantes qui s'est rendue adjudicataire, il n'importe que les enchères étrangères aient été reçues, la licitation n'en est pas moins regardée comme n'étant qu'un acte qui tient lieu de partage : mais, lorsque c'est un étranger qui s'est rendu adjudicataire, il n'est pas douteux en ce cas, que la licitation est une véritable vente de l'héritage, qui a été faite par les parties licitantes à cet étranger adjudicataire.

714. Lorsque l'une des parties a vendu à l'autre sa part indivise dans tous ou dans quelqu'un des conquêts de la communauté, cet acte, quoique conçu dans la forme et dans les termes d'une vente, est réputé n'être autre chose qu'un acte dissolutif de la communauté qui était entre les parties par rapport à ces conquêts. Les parties sont censées s'être exprimées improprement, en disant que l'*une vendait à l'autre sa part dans lesdits conquêts :* elles sont censées n'avoir voulu autre chose que déterminer le droit indivis que chacune avait dans lesdits conquêts ; savoir, le droit de l'une au total desdits conquêts, et le droit de l'autre à la somme que celui à qui les héritages demeurent pour le total, s'oblige de lui payer.

---

* 3 *Pothier, Vente,* *No.* 630 *à* 636. } 630. Selon les principes du droit romain, différents en cela des principes de notre droit, le partage entre cohéritiers ou entre tous autres copropriétaires, était regardé comme une espèce de contrat d'é-

change, par lequel j'étais censé échanger la portion indivise que j'avais dans les choses qui tombaient dans le mien. C'est pourquoi le partage est appelé *permutatio*, en la loi 77, § 18, ff. *de Leg.* 2o.; et il dit en la loi 1, Cod. *comm. utriusq. judic.* que *vicem emptionis obtinet.*

C'est sur ce principe qu'Ulpien décide en la loi 6, § 8, ff. *comm. divid.*, que mon créancier conserve son hypothèque sur la part que j'avais avant partage, dans les choses qui sont tombées en votre lot ; parce que, étant censé tenir de moi cette part, et l'avoir acquise de moi par le partage, vous ne pouvez l'avoir acquise que telle que je l'avais, et avec la charge des hypothèques de mes créanciers.

Selon les principes de notre droit français, très opposés à ceux du droit romain, les partages n'ont aucun rapport avec le contrat d'échange : ce ne sont pas des actes par lesquels les copartageants acquièrent, ni soient censés acquérir rien les uns des autres. Un partage, suivant nos principes, n'est autre chose qu'un acte qui détermine la part indéterminée qu'avait avant le partage chaque cohéritier dans la masse qui a été partagée, aux seules choses qui tombent dans son lot.

Avant le partage, chacun des copartageants a une part ou une moitié dans la masse qui est à partager, qui n'a rien de certain ni de déterminé par rapport à ce dont cette part doit être composée : ce n'est que par le partage qu'elle est déterminée aux choses qui lui sont assignées ; elle est censée avoir été composée de ces choses dès le commencement, et n'avoir jamais compris rien de ce qui est tombé dans les autres lots.

Par exemple, lorsque des cohéritiers partagent ensemble les biens d'une succession, le partage détermine tellement la part de chacun des héritiers dans la succession aux choses qui tombent dans son lot, que chacun desdits héritiers est censé avoir succédé au défunt, dès l'instant de sa mort, auxdites choses pour le total, et n'avoir succédé à rien de ce qui est tombé dans les autres lots.

Pareillement, lorsque plusieurs personnes ont été conjoin-

tement légataires d'un héritage, ou lorsqu'elles l'ont acheté en commun, et que par la suite elles le partagent, chacun est censé avoir été seul légataire ou seul acheteur de ce qui est tombé dans son lot, et n'avoir été légataire ni acheteur de rien de ce qui est tombé dans les autres lots.

Cela a lieu quoique le partage ait été fait avec retour en deniers ou en rente. Celui à qui est tombé le lot le plus fort, est censé avoir été héritier, ou légataire, ou acheteur du total de ce qui y est contenu, à la charge du retour ; et celui à qui est tombé le plus faible lot, est censé n'avoir été héritier, ou légataire, ou acheteur que des choses qui y sont tombées, au moyen du retour que lui font ses copartageants.

Il est évident, suivant ces principes, que le partage est un acte qui n'a aucun rapport avec le contrat d'échange, ni encore moins avec le contrat de vente, soit qu'il soit fait sans retour, soit avec retour en deniers ; car, suivant ces principes, le partage n'est point un titre d'acquisition : je n'acquiers proprement rien par le partage que je fais avec mes cohéritiers ou autres copropriétaires ; et tout l'effet du partage se réduit à rendre déterminé à de certaines choses le droit que j'avais, qui était auparavant indéterminé.

632. Les copartageants contractent par le partage l'obligation de se garantir réciproquement les choses qui tombent dans leurs lots respectifs ; mais cette obligation est différente de celle qu'un vendeur contracte avec l'acheteur, et tout autre cédant envers le cessionnaire. Le vendeur ou autre cédant à titre onéreux, en conséquence de l'obligation qu'il contracte *præstare emptori rem habere licere*, est tenu envers l'acheteur, en cas d'éviction, non seulement à la restitution du prix, mais à tous les dommages et intérêts que l'acheteur souffre de l'éviction au-delà du prix, à cause des augmentations intrinsèques ou extrinsèques survenues à la chose, *in id omne quod suprà pretium emptoris interest rem habere licere*, comme nous l'avons vu, *part.* 2, No. 145.

Au contraire, lorsqu'un cohéritier ou autre copartageant a souffert éviction d'une chose tombée en son lot, ses coparta-

geants sont seulement tenus de lui faire raison de la somme pour laquelle cette chose lui a été donnée en partage, laquelle raison ils sont tenus de lui faire chacun pour leur part, la sienne demeurant confuse ; mais ils ne sont pas tenus des dommages et intérêts résultant de l'éviction par rapport à l'augmentation survenue depuis le partage en la chose évincée (1). C'est ce qu'enseigne Dumoulin, en son *Traité de eo quod interest*, *n*[os] 143 *et seq.*

Par exemple, si nous sommes quatre héritiers qui avons partagé un patrimoine de 100,000 livres, et que j'aie souffert éviction d'une maison qui m'a été donnée en partage pour 8,000 livres, chacun de mes cohéritiers sera tenu de me faire raison seulement de 2,000 livres, quoique la maison, lors de l'éviction, se trouvât de valeur de 12,000 livres, parce que le quartier où elle est située, est devenu beaucoup plus marchand qu'il ne l'était lors du partage. En cela ces cohéritiers sont différents d'un vendeur, ou autre cédant à titre onéreux ; car, si quelqu'un m'avait vendu une maison pour 8,000 livres, et que le prix de cette maison fût monté à 12,000 livres, il serait tenu, en cas d'éviction, en mes dommages et intérêts montant à 4,000 livres au-delà du prix de 8,000 qu'il doit me restituer, comme nous avons vu, *part.* 2, No. 132.

La raison de différence est que mes cohéritiers ou autres copartageants ne peuvent être considérés comme mes cédants par rapport à la chose dont je souffre éviction, puisque, suivant nos principes, les copartageants, par les partages, ne se cèdent rien, et ne tiennent rien les uns des autres. La seule raison sur laquelle est fondée la garantie des copartageants, est que l'égalité qui doit régner dans les partages, se trouvant blessée par l'éviction que souffre l'un des partageants dans quelqu'une des choses tombées dans son lot, la loi qui exige cette égalité, oblige chacun des copartageants à la rétablir. Or, il suffit pour cela qu'ils lui fassent raison, chacun pour leur part, de la somme pour laquelle la chose évincée lui a

(1) V. art. 884 et 885, C. civ. (BUGNET).

été donnée en partage. Par exemple, dans l'hypothèse ci dessus proposée, lorsque je souffre éviction d'une maison que j'ai eue dans mon lot pour 8,000 livres, afin de rétablir l'égalité, il suffit que chacun de mes trois cohéritiers me fasse raison de 2,000 livres. Par là mon lot de 25,000 livres, qui, par l'éviction avait été réduit à 17,000 livres, se trouvera rétabli à 23,000 livres, et égal par conséquent à ceux de mes copartageants, qui, au moyen de la somme de 2,000 livres qu'ils m'ont fournie chacun, se sont pareillement trouvés réduits à 23,000 livres.

Dumoulin va plus loin, et il pense que, même dans les principes du droit romain, suivant lesquels mes copartageants étaient regardés comme les cédants de leur portion dans les choses tombées dans mon lot, ils n'étaient tenus de l'éviction des choses qui y étaient tombées, que pour raison de la somme pour laquelle elles m'avaient été données en partage, et non pour raison des dommages et intérêts que je pouvais souffrir au-delà, par rapport à l'augmentation survenue dans lesdites choses depuis le partage.

La raison sur laquelle il se fonde est, qu'un vendeur ou autre cédant à titre onéreux, qui vend, quoique de bonne foi, une chose qui ne lui appartenait pas, est le seul qui a induit l'acheteur en erreur, et qui par conséquent doit être tenu des dommages et intérêts que l'acheteur souffre de l'éviction : *Solus totam rem suam asserit, solus autem in totum decipit ;* au lieu que, dans le partage, ce n'est pas plus par le fait de mes copartageants que par le mien, que la chose tombée dans mon lot, et dont j'ai souffert l'éviction, a été mise mal à propos dans la masse des biens qui étaient à partager entre nous. Je ne puis rien leur imputer que je ne puisse m'imputer à moi-même, et par conséquent je ne dois pas être reçu à prétendre contre eux des dommages et intérêts : *Neuter magis asserit, neuter magis decipit quàm alter ; immo dicitur res evinci fact vel culpâ communi, et sic nulla debet esse inter eos obligatio in id quod extrinsecùs interest ; sed ut mutuo compensent ;* Molin, *ibid*, No. 145.

La loi 66, § *fin. de Evict.*, paraît contraire à ce sentiment (1). Dumoulin y répond en restreignant ce texte au cas auquel j'aurais souffert éviction, par le fait particulier de mon copartageant, de la part de ses créanciers hypothécaires. Cette question qu'agite Dumoulin, est superflue dans notre jurisprudence, par les raisons ci-dessus expliquées.

De ce que la garantie qui est due à un copartageant pour l'éviction de quelqu'un des effets tombés dans son lot, se borne au rétablissement de l'égalité qui se trouve blessée par cette éviction, Dumoulin en conclut que si mon cohéritier a souffert éviction d'un héritage qui lui a été donné en partage pour une certaine somme, *putà*, de 3,000 livres, et que j'aie souffert par le feu du ciel, ou par quelque autre force majeure, une perte de pareille somme de 3,000 livres, dans les héritages tombés dans mon lot ; quoique cette perte ne me donne aucune action de garantie contre lui, parce que les héritages qui tombent par le partage à un copartageant, sont depuis le partage à ses risques, néanmoins je pourrai lui opposer cette perte par forme de compensation, et d'exception contre l'action de garantie, résultant de l'éviction qu'il a soufferte ; parce que ne me restant pas plus dans mon lot qu'il ne lui en reste dans le sien, il ne peut pas conclure au rétablissement de l'égalité : *Quinta quæstio*, dit-il, *si cohæres qui nunc convenitur de evictione vel ad supplementum, possit deducere quod sibi interim de rebus in suam partem adjudicatis casu fortuito deperiit, ut sic licèt non possit agere de casu fortuito, possit tamen excipere ?*

Et il répond : *Ad quintam quod sic, ne ad summum in plus teneatur quàm ad novam de integro divisionem. Tract. de eo quod interest*, No. 146.

Cette décision de Dumoulin peut souffrir quelque difficulté. En l'admettant, elle forme une seconde différence entre la garantie des partages, et la garantie qui a lieu dans les contrats ; car, par exemple, si dans un contrat d'échange, mon coper-

(1) L'explication de Dumoulin est, il faut en convenir, un peu divinatoire. (BUGNET).

mutant a souffert éviction de quelqu'une des choses que je lui ai données en échange, je ne puis pas opposer contre l'action de garantie qu'il a contre moi, la compensation de la perte que j'ai soufferte par quelque cas fortuit dans les choses que j'ai reçues en échange de lui (1).

633. Il y a une troisième différence entre la garantie des copartageants et celle d'un vendeur.

Lorsqu'une rente est vendue, la garantie du vendeur ne consiste qu'à défendre l'acheteur des évictions des tiers qui prétendraient que la rente leur appartient ou leur est hypothéquée ; mais le vendeur n'est pas garant de l'insolvabilité du débiteur de la rente, surtout lorsqu'elle n'est survenue que depuis le contrat, à moins qu'il ne s'y fût expressément obligé par la clause de *fournir et faire valoir* (2) ; *suprà*, part. 6.

Au contraire, les copartageants sont garants entre eux de l'insolvabilité des débiteurs des rentes tombées dans leurs lots respectifs, tant que la rente subsiste, quand même cette insolvabilité ne surviendrait que plus de cent ans après le partage.

Par exemple, si nous sommes quatre héritiers qui avons partagé une succession, et qu'il soit tombé dans mon lot une rente de 40 livres au principal de 800 livres due par Pierre ; quelque bonne qu'ait été la rente au temps du partage, si par la suite elle devient caduque par l'insolvabilité de Pierre, pourvu que cette caducité ne soit pas arrivée par ma faute, *putà*, en laissant prescrire les hypothèques de cette rente, ou en les laissant purger par des décrets auxquels je ne me serais point opposé ; je pourrai, en faisant constater cette caducité par la discussion des biens de Pierre, si mes copartageants

(1) Dumoulin est assez d'accord avec lui-même, car on aperçoit facilement qu'il ne voit dans l'éviction qu'une rectification à faire au partage, et quoiqu'il n'autorise pas, dans tous les cas d'éviction, la demande d'un nouveau partage, il ne veut cependant pas que les cohéritiers soient tenus à plus qu'à souffrir cette nouvelle division. (BUGNET).

(2) Le cédant doit garantir l'existence du droit cédé, mais non la solvabilité, même actuelle, du débiteur. (BUGNET).

m'y obligent, exiger d'eux qu'ils me continuent, chacun pour leur quart, 10 livres de rente à la place de la rente de 40 livres, de la caducité de laquelle ils me sont garants.

La grande égalité qui doit régner dans les partages, est le fondement de cette garantie. Une rente est un être successif dont la réalité consiste dans tous les arrérages qui en courront jusqu'au rachat qui en sera fait : c'est pourquoi, lorsque, par l'insolvabilité du débiteur, je cesse de pouvoir percevoir les arrérages d'une rente tombée dans mon lot, je suis censé n'avoir pas encore reçu toute la chose qui est tombée dans mon lot, et n'être pas égal à mes copartageants, qui ont reçu tout ce qui est tombé dans le leur ; d'où il suit que, pour rétablir l'égalité, ils doivent me la parfournir (1).

634. Il y a une quatrième différence entre l'obligation qui naît des contrats de vente ou d'échange, et celle qui naît des partages.

Lorsque plusieurs m'ont vendu ou échangé une chose, chacun d'eux n'est tenu envers moi de la garantie, en cas d'éviction, que pour sa part ; et il n'est aucunement tenu de l'insolvabilité de ses covendeurs, à moins que, par une clause particulière, ils ne se fussent obligés solidairement à la garantie.

Il en est autrement entre copartageants. Si nous sommes quatre qui avons partagé une succession, que j'aie souffert une éviction d'un effet de la valeur de 12,000 livres, et qu'un de mes copartageants soit insolvable, la perte que je souffre de son insolvabilité se répartira sur les deux qui sont solvables et sur moi : c'est pourquoi chacun des deux solvables, outre la somme de 3,000 liv. qu'il me doit de son chef pour son quart de l'éviction de 12,000 liv. que j'ai soufferte, me devra encore 1,000 liv. pour son tiers de 3,000 liv. dont était tenu envers moi cet insolvable, et que son insolvabilité me fait perdre ; cette perte devant être soufferte par mes deux copartageants

(1) Ce droit est entièrement changé par le Code. V. art. 886. (BUGNET).

olvables et moi. Cela est fondé sur l'égalité qui doit être entre copartageants, laquelle sans cela serait blessée (1).

635. Il nous reste à observer une dernière différence entre les partages et les contrats de vente, d'échange et autres semblables.

Dans ceux-ci, la lésion n'est pas une cause suffisante pour en faire prononcer la rescision, si cette lésion n'excède pas la moitié.

Par exemple, celui qui a vendu un héritage de la valeur de 20,000 liv., ne peut se plaindre de la lésion que lorsque le prix pour lequel il l'a vendu, est au-dessous de 10,000 liv.; mais dans les partages on requiert une égalité plus exacte et plus scrupuleuse, et il suffit que l'un des copartageants ait été lésé au delà du quart de ce qui lui devait revenir, pour qu'il soit admis à demander la rescision du partage.

Par exemple, si, dans les biens communs, la part qui me revenait devait être de la valeur de 20,000 livres, il suffit, pour ue je puisse faire rescinder le partage, que ce qu'on m'a donné pour ma part ne vaille pas 15,000 (2).

636. Au surplus, la garantie qui a lieu dans les partages, a cela de commun avec celle qui a lieu dans le contrat de vente, que la seule crainte d'une éviction n'y donne pas lieu. C'est ce que décide Dumoulin, *eod.* No. 146 : *Secunda quæstio an in divisione possit agi de evictione ante rem evictam :* et il répond : *Ad secundam quod non, nisi res tempore divisionis esset ab extraneo possessa.*

(1) *V.* 885, 2e alinéa. (Bugnet).

(2) L'action en lésion n'a pas lieu en matière d'échange (*V.* Cod. civ., art. 1706, ci.dessus, p. 140, note 2 ; dans la vente, elle n'est fondée qu'autant que la lésion est de plus des sept douzièmes (Cod. civ., art. 1674. *V.* ci-dessus, p. 10, note 1); et dans le partage, il suffit qu'elle dépasse le quart (Cod. civ., art. 887, 2e alinéa. *V.* ci-après), c'est-à-dire si l'un des copartageants n'a pas dans son lot les trois quarts de ce qu'il aurait dû avoir si le partage avait été exactement fait. (Bugnet).

[ARTICLE 746.]

* 4 *Pothier, Société,* *Nos.* 179, 180. } 179. L'effet du partage est de dissoudre la communauté qui était demeurée entre les ci-devant assocés après la dissolution de la société.

Il y a une grande différence entre notre droit français et le droit romain sur l'effet du partage.

Par le droit romain, le partage était une espèce d'échange, *divisio instar permutationis obtinet ;* chacun des copartageants était censé acquérir de ses copartageants les parts qu'ils avaient, avant le partage, dans les effets compris dans son lot, et leur céder à la place celle qu'il avait, avant le partage, dans les effets compris dans le leur. C'est pourquoi les choses échues au lot de l'un des copartageants, demeuraient sujettes aux hypothèques des créanciers de ses copartageants pour la part qu'y avaient eue ses copartageants avant le partage ; L. 6, § 8, *Comm. div.*

Au contraire, selon notre droit français, un partage n'est pas regardé comme un titre d'acquisition, mais comme un acte qui ne fait autre chose que déterminer les parts indéterminées que chacun des copartageants avait, avant le partage, dans la communauté qui était entre eux, aux seules choses échues au lot de chacun d'eux.

Ces actes de partage ont, selon notre droit français, un effet rétroactif. En conséquence, les choses échues en chaque lot sont censées avoir toujours seules composé la part qu'avait eue dans la communauté celui au lot duquel elles sont échues. Il est censé avoir été seul le propriétaire de ces choses depuis qu'elles ont été mises en la communauté, ou acquises pour le compte de la communauté, et n'avoir jamais eu aucune part, depuis que la communauté a été contractée, dans les choses échues aux lots de ses copartageants. Le partage, selon ces principes, n'est pas un titre d'acquisition, et chacun des copartageants n'acquiert par le partage rien de ses copartageants (1).

C'est pour cette raison que les partages ne donnent pas d'ouverture aux droits seigneuriaux : c'est aussi pour cette raison

(1) *V.* art. 883, Cod. civ.

que les héritages échus au lot de chacun des copartageants, ne sont sujets pour aucune partie aux hypothèques des créanciers particuliers de ses copartageants.

Par exemple, si, par le partage que nous faisons d'une communauté qui est composée d'héritages que nous y avons mis chacun, et d'autres que nous avons acquis pour le compte de la société, les héritages qui tombent dans mon lot sont ceux que j'y ai apportés par notre contrat de société ; ils seront censés n'avoir jamais cessé de m'appartenir en entier. Le contrat de société que j'ai fait avec vous, par lequel je les ai mis en communauté, ne vous y a donné qu'un droit conditionnel, dépendant de l'événement du partage, pour le cas seulement auquel, par le partage, ils tomberaient dans votre lot : l'événement du partage ayant fait manquer la condition, vous êtes censé n'y avoir jamais eu aucun droit, et n'avoir pu par conséquent les hypothéquer à vos créanciers.

Si ce sont les héritages que vous avez mis en communauté, qui échéent dans mon lot, ils sont censés avoir composé ma part dans la communauté, dès le temps du contrat de société par lequel vous les y avez mis. Je suis censé les avoir acquis de vous en entier dès ce temps par le contrat de société, dès l'instant de ce contrat, et non pas seulement par le partage : c'est pourquoi vous n'avez pu, depuis le contrat de société, les hypothéquer, et ils ne peuvent être sujets qu'aux hypothèques que vous avez contractées avant le contrat de société, dont vous êtes obligé de me garantir.

Si les héritages qui sont échus dans mon lot, sont ceux qui ont été acquis pour le compte de la société durant la société, ils sont pareillement censés m'avoir appartenu en entier dès le temps qu'ils ont été acquis pour le compte de la société, qui est censée les avoir acquis pour composer la part de celui dans le lot duquel ils tomberaient : ils n'ont pu par conséquent être hypothéqués pour aucune portion par mon copartageant (1)

(1) Nous préférons ne faire remonter la fiction rétroactive qu'à l'époque de la dissolution de la société ; en conséquence, nous dirons que chaque

180. Ces principes ont lieu à l'égard des partages qui se font avec retour de deniers, et même à l'égard des licitations. Lorsqu'un héritage qui composait seul la communauté qui était entre vous et moi, m'a été adjugé par licitation, cet héritage, depuis qu'il est dans la communauté, est censé m'avoir toujours appartenu en entier, et vous êtes censé n'avoir jamais eu autre chose pour votre part en la communauté, que la somme que je suis obligé de vous payer pour votre part dans le prix de la licitation ; vous n'avez pu par conséquent hypothéquer cet héritage pour aucune partie durant la communauté (1).

Voy. *Pothier*, *Succ.*, cité sur art. 748.

---

* 2 *Maleville, sur art.* 883 *C. N.* } C'est d'après le principe de cet article, bien antérieur, à sa publication, que par arrêt du 14 brumaire an 9, la Section civile a rejeté le pourvoi du S. Viard, dans l'espèce suivante :

En 1774, la dame de Jaucourt décède, laissant deux enfans, Armand-François et Susanne. Les biens de la succession demeurent longtemps indivis entr'eux. Viard, créancier particulier de Susanne, forme une opposition à son préjudice sur les mêmes biens, le 17 germinal an 5.

Dans le même tems, Jaucourt cite sa sœur en partage ; des experts décident que les biens ne peuvent pas être commodé-

associé est censé avoir succédé, dans la propriété des objets qui composent son lot, immédiatement à la société elle-même ; donc les immeubles resteront frappés des hypothèques valablement consenties au nom de la société et pendant sa durée ; il n'y aura que les hypothèques consenties par les autres ci-devant associés, depuis la dissolution de la société, qui disparaîtront. (BUGNET).

(1) Même observation que dans la note précédente. Pothier voit toujours un état d'indivision même durant la communauté ou société : c'est à tort, selon nous : pendant ce temps, il y a un propriétaire unique, c'est la société. (BUGNET).

ment partagés ; la licitation est ordonnée, et les biens restent au frère.

Cette licitation ainsi faite, Viard cite le sieur de Jaucourt pour voir déclarer les biens licités affectés au paiement d'une somme d'environ 400,000 liv. que lui devait Dlle. Jaucourt.

Jugement du tribunal de Seine et Marne, qui déboute Viard, confirmé, sur l'appel, par le tribunal civil de la Seine, pourvoi en cassation, fondé sur la règle, *le mort saisit le vif.*

Arrêt qui rejette, attendu que la licitation équivaut à partage ; que le partage n'est que déclaratif, et non translatif de propriété ; que le co-héritier à qui un immeuble demeure, est censé le tenir immédiatement du défunt, et que cet immeuble lui arrive par conséquent affranchi des hypothèques personnelles aux autres co-héritiers.

---

* 8 *Pothier*, *Succ.*, *ch.* 4, *art.* 5. } Chaque héritier n'acquiert donc rien par le partage de ses cohéritiers, il tient tout du défunt immédiatement.

De là il suit : 1o. que les partages ne donnent aucune ouverture aux profits féodaux ni censuels, suivant que nous l'avons vu en notre *Traité des fiefs.*

De là il suit : 2o. que les hypothèques des créanciers de chacun des cohéritiers se restreignent aux seules choses qui échoient dans le lot de leur débiteur et qui sont susceptibles d'hypothèques, et qu'elles s'évanouissent et s'éteignent entièrement lorsqu'il n'est échu au lot de leur débiteur que des choses mobilières et non susceptibles d'hypothèques, et qu'en conséquence, chacun des cohéritiers n'est aucunement tenu des hypothèques des créanciers de ses cohéritiers.

De tout ceci il suit aussi que chacun des cohéritiers n'a pu hypothéquer à ses créanciers le droit qu'il avait dans la succession qui lui est échue, que tel qu'il l'avait, *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.* L. 54, ff. *de Reg. Jur.* Or chacun des cohéritiers n'avait, avant le partage, qu'un droit indéterminé dans les biens de la succession, qui devait

se restreindre et se déterminer aux effets qui lui écherraient par le partage pour son lot; les hypothèques de ses créanciers doivent donc pareillement se restreindre et se déterminer aux seuls effets compris en son lot qui sont susceptibles d'hypothèque et s'évanouir entièrement, s'il ne lui échoit en son lot aucunes choses qui en soient susceptibles : le cohéritier n'étant censé avoir succédé qu'à ce qui échoit en son lot, n'a pu hypothéquer à ses créanciers que les effets qui lui écherraient dans son lot, et rien s'il ne lui échoit dans son lo t aucune chose susceptible d'hypothèque. D'ailleurs, comme nous l'avons observé, chaque cohéritier étant censé tenir du défunt tout ce qui est échu en son lot, et ne tenir rien de ses cohéritiers, il suit de là qu'il ne peut être tenu des hypothèques des créanciers de ses cohéritiers.

Il faut néanmoins convenir que notre jurisprudence est en ce point contraire au droit romain ; la chose qui échoit au lot d'un cohéritier ou autre copropriétaire, demeure chargée des hypothèques que l'autre cohéritier ou copropriétaire avait imposées sur la portion indivise qu'il y avait avent le partage. L. 6, § 8, ff. *Commun. divid.* La raison de cette différence vient de la différente manière de considérer le partage. Dans le droit romain, on le considérait comme une acquisition respective que chaque copartageant fait des portions que ses copartageants avaient avant le partage dans les effets qui échoient en son lot ; au contraire, par notre jurisprudence, le partage n'est point considéré comme une acquisition, mais de la manière que nous l'avons dit. Notre jurisprudence est beaucoup plus commode que le droit romain ; les hypothèques étant extrêmement multipliées parmi nous, on n'aurait pu faire aucun partage sûrement si on ne se fût écarté du droit romain.

Il résulte de ceci que les créanciers d'un cohéritier ayant un très grand intérêt au partage de la succession échue à leur débiteur, peuvent y intervenir et empêcher qu'on ne fasse tomber dans le lot de leur débiteur rien que des choses mobilières non susceptibles d'hypothèque.

[ARTICLE 747.]

* *C. N.* 883. } Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la la propriété des autres effets de la succession.

---

747. Tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers et légataires est réputé partage, encore qu'il soit qualifié de vente, d'échange, de transaction ou de toute autre manière.

747. Every act having for its object to put an end to indivision amongst coheirs and legatees is deemed to be a partition, although it should purport to be a sale, an exchange, a transaction, or have received any other name.

---

* *C. de Transact.*, *L.* 20. } 20. Non minorem auctoritatem transactionum, quàm rerum judicatarum esse, rectâ ratione placuit; si quidem nihil ita congruit fidei humanæ, quàm ea quæ placuerant, custodiri : nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secundâ horâ noctis intercisse proponas, cùm nullum tempus sanæ mentis majoris vigintiquinque annis consensum repudiet.

S. 4 calend. octob. ipsis AA. Conss. 293.

Idem. *Trad. de P. A. Tissot.* } 20. La raison veut que les transactions n'aient pas moins d'autorité que la chose jugée; rien en effet ne fait autant d'honneur aux hommes que l'observation de leurs conventions; et il ne suffit pas pour rescinder le pacte, que vous alléguiez qu'il a été passé dans la deuxième heure de la nuit, parce que tout les temps sont propres à recevoir le consentement d'un majeur de 25 ans qui jouit de sa raison.

Fait le 4 des calendes d'octobre, sous le consulat désigné ci-dessus. 293.

[ARTICLE 747.]

* *Papon, Tit.* 7, *Liv.* 15, *art.* 7. } La Cour a accoutumé de recevoir restitution en entier contre partages faits entre majeurs dans les dix ans de l'ordonnance, sous la déception d'outre le quart de juste portion, qui vient à un ; car c'est toujours la moitié au tout si les personniers sont par égales portions, à savoir deux, chacun par moitié.

---

* *Delommeau, Maximes, Liv.* 3, *art.* 36, *p.* 429. } Mais si les partages et divisions se faisaient autrement comme si l'un des puinés voulait faire les partages du consentement des autres copartageants, ils sont valables entre majeurs qui peuvent renoncer à leurs droits, et non pas entre mineurs ; toutefois s'il y avait lésion au partage ou inégalité, la voie de rescision est ouverte, tant à celui qui a fait les partages, qu'à ceux qui ont choisi et est requis que la lésion soit à un tiers ou un quart pour le moins. Et quand la lésion est apparente, l'on procède à nouvelle confection de partages. Si mieux les copartageants ne veulent suppléer à celui qui est lésé, la juste part en héritage de la même succession, ou en deniers, au dire de gens à ce connaissant, suivant le droit Français et Romain. Mais s'il y avait eu procès entre les copartageants sur la réfection des partages et que sur le dit procès ils aient transigé et accordé, il n'y a plus moyen d'en être relevé, à cause que c'est une transaction faite entre majeurs, dont l'on ne peut être relevé par quelque lésion que ce soit. Autre chose est si ce partage était fait par forme de transaction, sans y avoir eu procès et auparavant les partages faits et choisis : car telle transaction feinte et colorée n'a plus d'effet que le partage au lieu duquel elle est supposée. De sorte que l'on peut être relevé du partage, ores qu'il soit déguisé du nom de transaction, pourvû qu'il y ait lésion apparente. C'est le meilleur et le plus assuré de faire les lots et partages au sort suivant aucunes coutumes : car chacun est soigneux que tous les lots soient bien faits, ne sachant quel lot lui devra arriver.

[ARTICLE 747.]

* *Ordonnance de Charles IX, Avril 1560, au 1er Vol. Néron, p.* 423. } Charles, par la Grâce de Dieu, Roy de France ; A tous présens ; Salut. Comme il soit utile, besoin et nécessaire, retrancher et diminuer le grand nombre de procès qui sont entre nos sujets et qui par le moyen des sinistres intentions d'aucunes personnes désirant plus la contention et discorde entre les hommes que l'union et tranquillité, sont tous les jours prolongés et multipliés et presque rendus immortels et que le plus prompt et moins dommageable expédient d'iceux procès amortir, sont la voie d'accord et transaction laquelle met fin tant aux procès commencés qu'à commencer. Toutefois il avient chacun jour que les parties qui ont transigé après la transaction d'elles-mêmes ou par conseil d'autrui, obtiennent Lettres pour casser et rescindre icelles transactions, disant avoir été deçus outre moitié de juste prix et valeur, ou autre plus grande lésion, font revivre les différends et procès déjà amortis et remettent les choses en l'état auquel elles étaient auparavant lesdites transactions.

Pour à quoi obvier et rémédier par l'avis des princes de notre sang et Gens de nostre Conseil estans Nous les Avons par ces présentes confirmé et autorisé, confirmons et autorisons toutes transactions qui, sans dol et force, sont faites et passées entre nos sujets majeurs dans les choses qui sont en leur commerce et disposition : Voulons et nous plait que contre icelle nul ne soit après reçu sous prétexte de lésion d'outre moitié du juste prix ou autre plus grande quelconque, ou ce qu'on dit en latin *dolus re ipsâ*, mais que les Juges à l'entrée du Jugement, s'il n'y a autre chose alléguée contre icelle transaction, déboutent les impétrans des Lettres et de l'effet et intérieurement à icelles et les déclarent non recevables : Faisons défenses et inhibitions expresses à toutes personnes, sur grandes peines à Nous appliquer, de ne poursuivre, ni impétrer Lettres contraires au présent Edit, et aux Secrétaires de Nostre Chancellerie de les signer, à nostre très-cher et féa Chancelier, aux Maîtres des Requêtes ordinaires de nostre Hôtel et Garde des Seaux, de les sceller et à tous nos Juges,

tant ordinaires que de nos Cours souveraines, de non les intériner, comme contrevenant directement à nostre intention.

Donné à Fontainebleau au mois d'Avril l'an de grâce 1560.

---

* *Merlin, Rép., V. Transaction,* § 5, *No.* 13. } 13. Remarquez au surplus que l'on ne doit pas considérer comme *Transaction*, ni par conséquent comme non rescindable du chef de lésion, l'acte ainsi qualifié par lequel des héritiers ont réglé leurs droits respectifs dans une succession qui leur est échue en commun.

Cette maxime, qui est écrite en toutes lettres dans le Code civil, ainsi qu'on l'a vu aux mots *Lésion*, § 4, et *Partage*, § 11, avait été précédemment consacrée par un arrêt du parlement de Pau, du... 1712, lequel avait ordonné " la composition de " masse dans la famille de Pordoy-Dequisse, quoiqu'il y eût " une Transaction passée entre l'aîné et le cadet, sur l'exécu- " tion d'un Testament du père commun qui avait légué 25 " francs au cadet, dans laquelle l'aîné avait promis 200 francs. " Les enfants du cadet furent reçus à prouver la lésion dans " la Transaction que la cour regarda comme un acte de par- " tage, parce que c'était le premier acte passé entre les frères." (*Recueils manuscrits des anciens avocats au parlement de Pau*).

Mais ne devrait-on pas considérer comme Transaction, l'acte par lequel des co-héritiers qui, avant de procéder au réglement de leurs droits respectifs, avaient plaidé sur la consistance de ces droits, auraient mis fin à leurs contestations, et fixé, ce qui devait revenir à chacun d'eux ?

Voici une espèce dans laquelle cette question s'est présentée devant la cour de cassation.

Le 12 juin 1737, Arthur de Raynaud institue Jean-Baptiste de Raynaud, son fils aîné, héritier universel, et lègue à chacun de ses enfans puînés une somme de 8,000 livres pour légitime de droit. Il meurt le 22 avril 1744.

Le 24 février 1754, la dame Fusselet, sa veuve, en mariant Jean-Baptiste de Raynaud, lui donne 1o. tous ses biens pré-

sens, à l'exception du domaine de Saint-Just, d'une somme de 10,000 livres, de ses meubles meublans et de son argenterie ; 2o. tous ses biens à venir, à la réserve du quart ; le tout à la charge de payer à la dame de Garagnol, l'une de ses sœurs, la dot qu'elle lui a constituée par son contrat de mariage, et de délivrer à ses frères et sœurs, leurs légitimes maternelles, sans que les réserves faites par la donatrice, puissent en souffrir aucune diminution.

Quelque temps après, meurt Jean Fusselet II, proche parent de la veuve de Raynaud. Celle-ci recueille sa succession pour moitié, l'autre moitié étant dévolue à la dame de Colmont, sa sœur.

Dans cette succession, se trouvent des biens que Jean-Baptiste de Raynaud prétend avoir été substitués à son profit par Jean Fusselet I. La veuve de Raynaud, sa mère, lui en fait la remise, pour ce qui la concerne, par acte du 12 août 1772. La dame de Colmont soutient au contraire qu'il n'y a point de substitution, et le fait juger ainsi par arrêt du parlement de Grenoble, du 20 août 1774.

A la vue de cet arrêt, la veuve de Raynaud se repent d'avoir souscrit aussi facilement l'acte de remise dont on vient de parler. Elle en poursuit la rescision ; mais, par arrêt du 6 mars 1779, sa demande est rejetée. Elle se pourvoit en cassation ; vains efforts : le conseil met *néant* sur sa requête.

Le 11 août suivant, les sieurs de Raynaud de Villevert, de Raynaud de Choury, Gabriel de Raynaud, chanoine, Sophie de Raynaud, et la dame de Garagnol, frères et sœurs de Jean-Baptiste de Raynaud, le font assigner au bailliage de Grésivaudan, les uns, en paiement de supplément de légitime qu'ils prétendent leur être dûs sur les biens paternels ; les autres en délivrance de leur légitime paternelle en corps héréditaires.

Le 11 février 1783, la veuve de Raynaud dispose par Testament, au profit de ses enfans puînés, de tout ce qu'elle s'est réservé par la donation du 24 février 1754.

Le 17 septembre suivant, Jean-Baptiste de Raynaud partage avec la dame de Colmont les biens qui sont l'objet de la pré-

tendue substitution qu'a reconnue sa mère, et obtient dans son lot des biens situés à Ornacieux.

Cependant ses frères puînés et ses sœurs poursuivent la demande qu'ils ont formée contre lui le 11 août 1779 ; et, malgré l'exception de prescription qu'il leur oppose, ils obtiennent, le 15 septembre 1784, une sentence qui accueille leurs réclamations, et avant d'y statuer, ordonne qu'il sera procédé à une composition de masse.

Jean-Baptiste de Raynaud appelle de cette sentence.

Avant le jugement de cet appel, la veuve de Raynaud, mère commune des parties, meurt le 18 janvier 1790.

Gabriel de Raynaud, chanoine, la suit de près au tombeau, laissant un testament, par lequel il institue sa sœur Sophie héritière de tous ses droits.

Ces événements réveillent toutes les contestations existantes, et en font naître de nouvelles.

Sophie de Raynaud prétend qu'il lui est dû, par son frère aîné, un compte de jouissance et d'administration de deux légitimes paternelles, savoir, de la sienne propre, et de celle de Gabriel de Raynaud, dont elle est héritière.

D'un autre côté, elle soutient conjointement avec le sieur de Raynaud de Villevert, le sieur de Raynaud de Choury, et la dame de Garagnol, que, malgré l'arrêt du 6 mars 1779, les biens d'Ornacieux doivent entrer dans la composition de l'hérédité maternelle.

Pour mettre fin à toutes ces difficultés et prévenir celles qu'elles doivent entraîner à leur suite, les parties se rapprochent, et passent, le 23 juin 1790, un acte qualifié *Transaction*, qui, par sa première disposition, statue sur la fixation des légitimes paternelles, et les règle suivant les droits et les prétentions de chacun des réclamans ; par la seconde, maintient Jean-Baptiste de Raynaud dans les biens d'Ornacieux, à la charge de payer 10,000 livres à chacun de ses frères et sœurs ; par la troisième, règle les légitimes, le quart de réserve et les autres droits sur les biens maternels non compris dans la donation de 1754.

[ARTICLE 747.]

En 1805, après la mort de Jean-Baptiste de Raynaud, la dame de Vourey, sa fille et son unique héritière, est assignée en nullité et rescision de cet acte, à la requête du sieur de Raynaud de Villevert, du sieur Raynaud de Choury, du sieur Brette, curateur à l'interdiction de Sophie de Raynaud, et de la dame Pinade-Saint-Didier, fille et héritière de la dame Garagnol.

Le sieur Brette fonde sa demande en nullité sur le défaut de consentement de Sophie de Raynaud à la prétendue Transaction du 23 juin 1790, consentement, dit-il, qu'elle n'a pu donner, puisqu'à cette époque, elle était déjà en démence, quoiqu'elle ne fût pas encore interdite.

Le sieur de Raynaud de Villevert, le sieur de Raynaud de Choury et la dame de Garagnol fondent leur demande en rescision sur la lésion et le dol. Ils soutiennent que cet acte étant le premier entre des co-héritiers, ne peut avoir ni le caractère ni les effets d'une Transaction sur procès. Au fond, ils renouvellent toutes les prétentions dont ils se sont désisté par cet acte.

Le 29 juillet 1806, jugement par défaut, qui rejette la demande en nullité et rescision de l'acte du 23 juin 1790.

Sur l'appel, arrêt de la cour de Grenoble ainsi conçu :

" Considérant 1o. que les mêmes difficultés qui sont aujourd'hui portées devant la cour, existaient entre les parties à l'époque du 23 juin 1790 ;

" 2o. Qu'alors comme à présent, les sieurs de Choury, de Villevert, la dame de Garagnol, le chanoine Gabriel Mathieu de Raynaud, et la demoiselle Sophie demandaient au sieur de Raynaud, leur frère aîné, leurs légitimes paternelles, les uns en deniers, les autres en corps héréditaires ; et que tous soutenaient que les biens d'Ornacieux, venant de Jean Fusselet I, devaient être portés dans la composition de masse héréditaire de leur mère, pour fixer leur légitime, et y prendre le quart de la réserve des biens à venir qu'elle s'était faite dans la donation du 24 février 1754 ;

" 3o. Que le sieur de Raynaud, héritier et donataire des

père et mère communs, ne contestait point à ses frères et sœurs leur légitime paternelle, ni même celle qui pouvait leur être due dans les biens de la dame de Fusselet, leur mère, existans à l'époque de la donation du 24 février 1754 ; qu'il ne leur contestait pas les mêmes droits sur les biens échus à la dame de Fusselet, après la donation, provenans de la succession de Jean Fusselet II, et qui étaient demeurés libres dans ses mains, ni le quart des mêmes biens réservés dans ladite donation ; mais qu'il soutenait fortement que ses frères et sœurs n'avaient à prendre sur les biens d'Ornacieux, qu'il qualifiait biens dépendans du fidéicommis à lui remis par la dame de Fusselet, le 12 août 1772, ni légitime, ni quart, ni aucun genre de droit, parce que ces biens étaient réellement substitués en sa faveur, et qu'ils lui avaient été remis par la dame de Fusselet, comme bien certaine de la substitution ; que c'était d'ailleurs chose jugée par l'arrêt de 1779, qui avait déclaré la dame de Fusselet non-recevable, et l'avait déboutée de l'entérinement des lettres-royaux qu'elle avait impétrées, pour se faire restituer contre l'acte de rémission par elle souscrit ;

" 4o. Que c'est dans l'objet de terminer tous leurs différends, et d'être réglées sur toutes leurs prétentions respectives, que les parties convinrent des deux jurisconsultes qui les avaient défendues, et que c'est par leur médiation qu'intervint l'acte du 23 juin 1790 ;

" 5o. Qu'en principe, et suivant la disposition des lois 39, D. *de verborum obligationibus*, et 21, D. *de receptis qui arbitrium*, il y a autant d'actes différens dans un acte, qu'il y a de chefs distincts, séparés et indépendans ;

" 6o. Que, par l'art. 2 de l'acte du 23 juin 1790, la légitime paternelle du chanoine fut évaluée à la somme de 12,000 livres ; et par l'art. 3, celle de Sophie à 8,000 livres ; qu'au moyen de ces sommes, Sophie de Raynaud, tant de son chef que de celui de Gabriel-Matthieu, dont elle était héritière, s'est départie de la demande formée le 21 août 1779, et de la sentence du 15 septembre 1784, et qu'elle a expressément re-

noncé à tous autres droits sur les biens paternels, même à tout supplément;

" 7o. Que le réglement de ces droits *est un traité sur un procès existant ;* qu'ainsi, il est à l'abri de toute rescision pour cause de lésion, parce que les légitimaires qui ont reçu leur légitime et qui ont renoncé au supplément et à tous plus amples droits, sont *non-recevables* et mal fondés à revenir contre l'acte contenant cette renonciation, d'après la jurisprudence des arrêts fondée sur la loi *si quando*, § 2, C *de inofficioso testamento ;*

" 8o. Qu'il n'est nullement justifié que Sophie fût incapable de contracter à l'époque de l'acte du 23 juin 1790 ; que tout concourt, au contraire, à prouver qu'elle jouissait de toutes ses facultés intellectuelles, puisque, par son testament du 29 janvier précédent, le chanoine, son frère, l'institua pour son héritière pure et simple, à la charge seulement de payer les legs pies qu'elle jugerait convenables, et de récompenser convenablement ses domestiques ;

" 9o. Que, par l'art. 4, la légitime, le quart de réserve, et tous autres droits revenant aux sieurs de Choury, de Villevert, la dame de Garagnol et la demoiselle Sophie, sur les biens existans à l'époque de la donation faite au sieur de Raynaud par sa mère, furent réglés et fixés ; que, par l'art. 5, les légitimes, le quart de réserve revenant aux mêmes parties sur les biens à venir, demeurés libres dans les mains de la dame de Fusselet, furent également réglés et fixés ;

" 10o. Qu'il n'y avait aucune contestation sur ces espèces de biens, et que par conséquent les sieurs de Choury, de Villevert, la dame de Garagnol et la demoiselle Sophie *n'ont pu éprouver aucune lésion*, puisque la première espèce de biens était toute en deniers, et que l'immeuble qui faisait partie de la seconde, leur fut remis au même prix pour lequel il avait été porté dans la composition de masse qui fut faite pour déterminer leurs droits ;

" 11o. Que, par l'art. 8, les sieurs de Choury, de Villevert, la dame de Garagnol et la demoiselle Sophie *renoncèrent à*

tous droits quelconques sur les biens réservés ; et qu'ils ne se plaignent pas même d'aucune lésion dans le règlement de leurs droits, sur ces deux espèces de biens ;

" 12o. Que, par l'art. 9, pour tenir lieu de tous les droits et prétentions que réclamaient les sieurs de Choury, de Villevert, la dame de Garagnol et la demoiselle Sophie, sur les biens compris dans la rémission faite au sieur de Raynaud par sa mère, le 12 août 1772, on leur adjugea la somme de 10,000 livres, au moyen de quoi ils renoncèrent à toutes prétentions à titre de légitime, quart de réserve ou autrement, sur lesdits biens ; qu'*on ne peut pas considérer la disposition de cet article comme un premier partage entre co-héritiers*, puisqu'un acte de partage est celui qui fait cesser l'indivision ; qu'il faut par conséquent que la co-propriété soit reconnue et avouée par tous ;

" 13o. Que *l'acte de* 1790 *est, quant à ce, une véritable Transaction sur un procès qui allait s'élever entre les parties, sur le point de savoir si les biens omis étaient ou non* IN BONIS *de la dame de Fusselet mère ;* que cette question était vraiment litigieuse, puisque chacune des parties augmentait d'une part, des dispositions de Jean Fusselet I, contenues dans son testament et dans son codicille, qu'elles interprétaient diversement ; et de l'autre, des différens arrêts qui avaient été rendus ; qu'ainsi, *un tel réglement ne peut pas être susceptible de rescision pour cause de lésion*, suivant la disposition des lois romaines, et de l'édit de Charles IX, du mois d'avril 1560 ;

" 14o. Que *le dol seul* pourrait opérer la rescision d'une telle Transaction ; qu'il ne se présume pas, et que, dans l'espèce, il ne peut pas même y avoir le plus léger soupçon ; qu'il est écarté par la qualité des parties, par celle de leurs arbitres, et par l'acte lui-même, puisqu'il en résulte que le sieur de Raynaud remit toutes les pièces et documens qui pouvaient faire reconnaître la valeur des biens ; que rien ne fut occulte et ne pouvait l'être, puisque les arbitres avaient été les défenseurs des parties ;

" 15o. Que l'acte de 1790 est un acte d'autant plus irréfra-

gable entre les parties, qu'elles déclarent, par l'art. 30, que *toutes difficultés, procès et différends entre elles, demeurent éteints et terminés, et qu'elles renoncent respectivement à toutes demandes et prétentions, d'où qu'elles procédassent ou pussent procéder ;*

" Par ces motifs, la cour, sans s'arrêter aux conclusions, tant principales que subsidiaires, des parties de Vignon, dont elle les a déboutées, a mis l'appellation au néant... ; ordonne que ce dont est appel, sortira son plein et entier effet ".

Recours en cassation, fondé 1o. sur la contravention à la loi 3, C. *communia utriusque judicii*, dont l'art. 888 du Code civil n'a fait qu'approprier les dispositions à notre jurisprudence ; 2o. sur la fausse application de la loi *si quando*, § 2, C. *de inofficioso testamento* ; 3o. sur la fausse application de l'édit d'avril 1560.

La dame de Vourey répond à ces moyens, devant la section civile, que l'acte du 23 juin 1790 doit être envisagé sous autant de rapports qu'il y a de chefs sur lesquels il a statué ; que, dans ses dispositions relatives à la légitime paternelle, il ne peut être considéré comme un premier acte de partage : que le premier acte qui a véritablement fait cesser l'indivision, est le testament du 17 juin 1737, par lequel il a légué à chacun des puînés une somme de 8,000 livres pour légitime de droit ; et que c'est là-dessus qu'il y a eu d'abord contestation, ensuite Transaction par l'acte dont il s'agit ; et que, relativement aux biens d'Ornacieux, prétendus grevés de substitution au profi de Jean-Baptiste de Raynaud, l'acte du 23 juin 1790 est une vraie Transaction, puisque la propriété de ces biens était contestée ; qu'à l'égard du réglement des droits maternels, l'arrêt attaqué déclare, en fait, qu'il est impossible qu'aucune lésion y soit intervenue, et que même on en a pas articulé.

Par arrêt du 7 février 1809, au rapport de M. Génevois,

" Considérant que la cour d'appel de Grenoble a déclaré, par son arrêt, que le dol n'était point intervenu dans l'acte du 23 juin, et que, dans l'espèce, *il ne pouvait pas même y en avoir le plus léger soupçon;* que, dès lors, il ne s'agit plus que d'exa-

miner si cet acte pouvait être susceptible de rescision pour cause de lésion, ou, en d'autres termes, si cet acte doit être considéré comme *partage* entre co-héritiers, plutôt que comme *Transaction ;*

" Considérant, en ce qui concerne la partie de l'acte contenant le réglement des légitimes dues sur la succession paternelle, qu'il y avait eu, à cet égard, demande en justice, instance, jugement et appel ; que, dans cette instance, on agitait des difficultés sérieuses, soit sous le rapport de la prescription, soit sur le mode de paiement des légitimes qui étaient réclamées en *corps héréditaires*, et que l'héritier ne voulait payer *qu'en deniers ;* qu'en outre, un compte particulier d'administration par l'un des légitimaires, tant à l'héritier qu'aux autres légitimaires, formait un autre sujet de litige ; et qu'il est dit dans l'acte de 1790, que ce fut pour terminer les contestations existantes, et pour prévenir celles à naître sous ces divers rapports, que les parties firent réciproquement les abandons, renonciations et désistemens stipulés dans les trois premiers articles ; d'où il suit que, dans cette partie, l'acte est véritablement une *Transaction*, et non un *simple partage ;* que d'ailleurs, s'il eût existé en fait quelque doute sur la nature de cet acte, sur son vrai caractère, la cour d'appel avait incontestablement le droit de l'interpréter et de fixer le véritable sens de ses clauses ;

" Considérant, en ce qui concerne la partie de l'acte relative aux biens du fideicommis remis à Jean-Baptiste de Raynaud, par sa mère, le 12 août 1772, qu'à cet égard, les droits réclamés par les légitimaires, étaient bien plus litigieux encore, puisque les frères et sœurs de Raynaud n'auraient pu faire comprendre ces mêmes biens dans la masse maternelle, afin d'y légitimer, qu'après en avoir dépouillé Jean-Baptiste de Raynaud, et après avoir fait rétracter les titres de sa possession, c'est-à-dire, l'acte de rémission du 12 août 1772, l'arrêt du parlement de Grenoble de 1779, qui en ordonne l'exécution, et l'arrêt du conseil d'état, confirmatif de celui du parlement de Grenoble : il est évident que les frères et sœurs de

Raynaud ne pouvaient espérer d'atteindre ce but, sans avoir un procès très-sérieux avec Jean-Baptiste de Raynaud, leur frère ; et que ce fut pour éviter ce procès, pour ne pas en courir les chances, qu'ils acceptèrent chacun une somme de 10,000 francs au moyen de laquelle ils déclarèrent *renoncer à toute prétention sur lesdits biens à titre de légitime, quart de réserve, ou à tout autre titre :*

" Considérant, sur ces deux premiers rapports, que l'acte du 23 juin 1790 étant une Transaction non susceptible de rescision pour cause de lésion, suivant l'édit de Charles IX, du mois d'avril 1560, la cour d'appel de Grenoble n'a commis aucune contravention, en déclarant non-recevable et mal fondée la demande en rescision formée contre cet acte ;

" Considérant, en ce qui concerne la partie de l'acte relative au réglement des légitimes, quart de réserve, et autres droits sur les biens maternels réputés libres, qu'à cet égard, il est établi en fait, tant par l'arrêt dénoncé que par les écrits et conclusions signifiées en instance d'appel, que les frères et sœurs Raynaud ne se plaignaient d'aucune sorte de lésion sur cette espèce de biens ; et qu'ainsi, la cour d'appel de Grenoble n'a pu commettre aucune contravention, en n'ordonnant pas, sur ce point, la vérification d'une lésion qui n'était pas même alléguée ;

" Considérant enfin, que les différentes conventions stipulées dans l'acte du 23 juin 1790, quoique distinctes et séparées, suivant les divers objets auxquels chacune de ces conventions se rapporte, toutes néanmoins sont correlatives, en ce que, dans l'intention des parties, elles avaient toutes un but commun, celui de terminer des procès véritablement existans, et de tarir la source de ceux qu'on avait à craindre ; intention exprimée en termes bien formels dans le dernier article de l'acte, où il est dit *qu'au moyen de tous les articles ci-dessus convenus, toutes difficultés, procès et différends entre les parties, demeurent éteints et terminés*, et *qu'elles renoncent respectivement à toutes demandes et prétentions, d'où qu'elles procèdent ou puissent procéder ;* que d'après cette clause générale il n'est

aucune partie de l'acte, aucune des conventions qu'il renferme, dont on ne puisse dire qu'elle a eu pour objet de terminer ou de prévenir un procès ; d'où il suit que la demande en rescision pour cause de lésion, n'était admissible sous aucun rapport ;

" Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi......".

Voy. *Pothier*, *Succ.*, sur art. 750.

---

* 4 *Pothier*, *Société*, *No*. 174. } 174. Il reste à observer, à l'égard des partages et autres actes qui en tiennent lieu, que l'égalité y est plus scrupuleusement requise que dans les contrats commutatifs, tels que les contrats de vente, d'échange, etc.

Dans ceux-ci, un majeur n'est pas reçu à demander la rescision du contrat pour la seule cause de la lésion qu'il y a soufferte, si elle n'est de plus de moitié : mais dans les partages et autres actes qui en tiennent lieu, il suffit qu'elle excède le quart de ce qui devait appartenir à celui qui se plaint du partage, comme nous l'avons vu en notre *Traité des Obligations*, No. 35.

---

* *C. N*. 888. } L'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre co-héritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction, ou de toute autre manière.

Mais après le partage, ou l'acte qui en tient lieu, l'action en rescision n'est plus admissible contre la transaction faite sur les difficultés réelles que présentait le premier acte, même quand il n'y aurait pas eu à ce sujet de procès commencé.

[ARTICLE 748.]

748. Les copartageants demeurent respectivement garants les uns envers les autres des troubles et évictions qui procèdent d'une cause antérieure au partage.

La garantie n'a pas lieu si l'espèce d'éviction soufferte se trouve exceptée par quelque disposition de l'acte de partage ; elle cesse si c'est par sa faute que le copartageant souffre l'éviction.

748. The copartitioners are respectively warrantors towards each other for all disturbances or evictions proceeding from a cause anterior to the partition.

Such warranty does not take place if the kind of eviction suffered have been excepted by some provision of the act of partition ; it ceases if the party suffer eviction through his own fault.

---

* *ff. De fam. ercisc.*, *L.* 25, §§ 20, 21. } *L.* 25.—§ 20. Judex familiæ erciscundæ nihil debet indivisum relinquere.

§ 21. Item curare debet, ut de evictione caveatur his quibus adjudicat. (Paulus).

L. 33. Si paterfamilias, singulis heredibus fundos legando, divisionis arbitrio fungi voluit, non aliter partem suam coheres præstare cogetur, quàm si vice mutua partem nexu pignoris liberam consequatur. (Papinianus).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } *L.* 25.—§ 20. Le juge qui connaît du partage ne doit rien laisser à partager.

§ 21. Il doit aussi avoir soin que les cohéritiers promettent de garantir celui d'entr'eux à qui un effet est adjugé en cas d'éviction. (Paul).

L. 33. Si un père de famille a légué à ses héritiers des terres dans l'intention de partager sa succession entr'eux, un des héritiers n'est point obligé de céder sa portion, à moins que ses cohéritiers ne lui donnent en même temps le fonds qui lui est assigné libre de tout engagement. (Papinien).

* *Cod. de fam. ercis.*, *l.* 14. } 14. Si familiæ erciscundæ judicio, quo bona paterna inter te ac fratrem tuum æquo jure divisa sunt, nihil super evictione rerum singulis adjudicatarum specialiter inter vos convenit, id est, ut unusquisque eventum rei suscipiat, rectè possessionis evictæ detrimentum fratrem et cohæredem tuum pro parte agnoscere, præses provinciæ per actionem præscriptis verbis compellet.

Dat. 8 calend. septemb. AA. Coss. Diocl. & Max. 293.

Idem. *Trad. de P. A. Tissot.* } 14. Si, dans l'acte de partage de famille par lequel la succession paternelle a été divisée également entre vous et votre frère, il n'a rien été convenu spécialement entre vous, au sujet de l'éviction des biens qui vous sont échus à l'un et à l'autre en partage ; comme si, par exemple, il n'a pas été déclaré que, en cas d'éviction, chacun la supporterait pour les biens qui lui sont échus, le président de la province forcera, en vertu de l'action *præscriptis verbis*, votre frère, votre cohéritier, à supporter, pour sa part, les dommages qui sont résultés de l'éviction qui a eu lieu à l'égard du fonds qui vous est échu.

Fait le 8 des calendes de septembre, sous le consulat des empereurs Diocl. et Maxim. 293.

---

* *Loyseau, Garantie des rentes*, *chap.* 3, *Nos.* 2 *et* 3. } 2. En tous contrats de vente indistinctement le vendeur est tenu de trois choses par la nature du contrat pour exclure le recours de garantie : premièrement, que la chose soit et subsiste ; secondement, qu'elle lui appartienne ; en troisième lieu, qu'elle ne soit engagée ni hypothéquée à autrui : et l'une de ces trois conditions manquant, l'action de garantie a lieu.

3. Il est vrai que cette première condition, que la chose soit et subsiste, parait davantage et est plus remarquable en ventes de dettes ou rentes, qui n'ont pas leur être visible et palpable, comme les autres biens meubles et immeubles. Si donc la rente n'est point due par effet, si elle n'appartient point au

cédant, si elle est hypothéquée à d'autres dettes, le vendeur en est tenu, encore qu'il n'ait point de garantie.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 746.

---

* 7 *Pothier*, *Com.*, *No.* 716 *à* 725. } 716. La même raison d'égalité qui doit régner dans les partages, produit aussi entre le survivant et les héritiers du prédécédé qui ont partagé les biens de la communauté, une obligation réciproque de garantie des effets tombés en leurs lots respectifs, par laquelle chacune des parties s'oblige envers l'autre de la garantir des évictions qu'elle pourrait souffrir depuis le partage, à l'égard de quelqu'un des effets échus dans son lot.

Il est évident que, par l'éviction que l'une des parties souffre de quelqu'un des effets échus dans son lot, l'égalité qui doit régner dans les partages serait blessée, si l'autre partie ne lui en faisait pas raison pour sa part. Supposons, par exemple, que le survivant et l'héritier du prédécédé aient partagé chacun par moitié les biens de la communauté, dont la masse montait à 100,000 liv., et qu'il soit échu dans le lot du survivant une maison couchée pour 10,000 liv., dont il a été, depuis le partage, évincé par un tiers. Il est évident que l'égalité est blessée, puisque par cette éviction son lot est réduit à 40,000 liv., pendant que le lot de l'héritier du prédécédé, qui n'a pas souffert d'éviction, est de 50,000 liv. Il faut donc, pour rétablir l'égalité, que l'héritier du prédécédé, pour la moitié qu'il avait au partage des biens de la communauté, fasse raison au survivant de la moitié de la somme de 10,000 liv., pour laquelle la maison dont il a été évincé, lui avait été donnée en partage. Par ce moyen l'égalité est rétablie ; le lot de l'héritier du prédécédé sera réduit à 45,000 liv., et celui du survivant. composé de 40,000 liv., qui lui restent, et des 5,000 liv. que ledit héritier lui retourne, sera pareillement de 45,000 liv.

[ARTICLE 748.]

717. Les évictions dont les copartageants sont garants l'un envers l'autre, sont celles dont il y avait une cause, ou du moins un germe existant dès le temps du partage.

Par exemple, si, dans le partage des biens de la communauté, qui a été fait entre le survivant et l'héritier du prédécédé, il est échu au lot de l'une des parties un héritage qui était hypothéqué à un tiers ; et que depuis le partage, la partie au lot de laquelle l'héritage était échu, en ait été évincée sur une action hypothécaire du créancier qui avait ce droit d'hypothèque ; l'autre partie sera garante envers elle de cette éviction ; car le droit d'hypothèque qu'avait le créancier sur l'héritage, et qui a été la cause de l'éviction, existait avant le partage.

Pareillement, lorsqu'une personne qui n'avait point d'enfants, m'a fait, durant la communauté avec ma femme, donation d'un héritage, lequel est entré en ma communauté, et qui depuis, par le partage que j'ai fait avec l'héritier de ma femme, des biens de cette communauté, est échu au lot de cet héritier ; si, depuis le partage, il est survenu un enfant au donateur, par la survenance duquel la donation a été révoquée, et l'héritier de ma femme, au lot duquel l'héritage est échu, en a été évincé, je suis garant envers lui de cette éviction ; car la condition tacite de révocation en cas de survenance d'enfants, que renfermait la donation qui m'a été faite, est le germe qui a produit l'éviction que l'héritier de ma femme a soufferte de cet héritage ; et ce germe est antérieur au partage.

718. Quoique la cause de l'éviction que l'une des parties a soufferte depuis le partage, soit antérieure au partage ; si cette éviction est une espèce d'éviction dont la partie qui l'a soufferte, a été chargée par le partage, il n'y a pas lieu à la garantie.

Par exemple, si l'on a déclaré par le partage, " qu'un héritage compris dans la masse des conquêts de la communauté, était réversible à des tiers au bout d'un certain temps, ou en cas d'existence d'une certaine condition," la partie au lot de

laquelle l'héritage est échu, n'aura aucun recours de garantie pour l'éviction qu'elle aura soufferte par l'expiration du temps au bout duquel, ou par l'existence de la condition sous laquelle cet héritage était réversible : car, par la déclaration qui a été faite au partage, " que cet héritage était réversible au bout de ce temps, ou par l'existence de cette condition," la partie au lot de laquelle il est échu, a été chargée de cette espèce d'éviction. La partie évincée ne souffre en cela aucune lésion par le partage : car la somme pour laquelle l'héritage lui a été donné par le partage, n'est le prix que de ce que l'héritage valait eu égard à cette charge, et non pas le prix qu'il eût valu, si le droit que la communauté y avait, eût été un droit de propriété perpétuelle.

Mais, si la partie qui a été chargée de cette espèce d'éviction, avant la réversion, souffrait éviction de l'héritage pour une autre cause dont elle n'aurait pas été chargée, il y aurait lieu à la garantie.

Pareillement, si l'héritage échu à l'une des parties, était réversible au bout d'un temps plus court que celui déclaré par le partage, l'autre partie doit lui faire raison pour sa portion, de ce que l'héritage eût dû être estimé de moins.

719. Il n'y a pas lieu à la garantie lorsque l'éviction que l'une des parties a soufferte de quelqu'une des choses échues en son lot, procède d'une cause qui n'est survenue que depuis le partage. Par exemple, si on a pris à l'une des parties, pour faire un chemin public, une mine de terre échue en son lot de partage ; quand même elle n'aurait pu obtenir du fisc aucune indemnité, elle n'aura pour cette éviction, dont la cause n'est survenue que depuis le partage, aucun recours de garantie contre l'autre partie. La raison est, que, depuis le partage, les choses échues aux lots respectifs, sont aux risques de chacune des parties auxquelles elles sont échues : la chose n'étant devenue que depuis le partage, sujette à l'éviction que la partie a soufferte ; n'étant point, lors du partage, sujette à cette éviction, le partage n'a renfermé aucune inégalité qui puisse donner lieu à la garantie.

[ARTICLE 748.]

720. La garantie à laquelle donne lieu l'éviction que l'une des parties a soufferte pour une cause antérieure au partage, n'ayant d'autre objet que le rétablissement de l'égalité, qui se trouve blessée par cette éviction, la partie qui est tenue de la garantie envers celle qui a souffert de l'éviction, n'est obligée envers elle à autre chose qu'à lui faire raison, pour sa portion, de la somme pour laquelle la chose dont elle avait été évincée, lui avait été donnée en partage, comme nous l'avons vu *suprà*, No. 716.

Il suit de ce principe, que, pour régler l'obligation de cette garantie, on n'a égard qu'à la somme pour laquelle la chose a été donnée en partage à la partie qui en a été depuis évincée, quand même cette chose serait d'une beaucoup plus grande valeur au temps de l'éviction. En cela cette garantie est différente de celle qui naît d'un contrat de vente, ou d'un autre contrat commutatif. La raison de cette différence est, que celle-ci naît de l'obligation que le vendeur contracte envers l'acheteur, de lui faire avoir à toujours la chose qu'il lui a vendue, *præstare emptori rem habere licere.* Cette obligation renferme *omne quod emptoris interest quominùs rem habere liceat ;* ce qui comprend tout ce que la chose vaut au temps de l'éviction, de plus que le prix pour lequel elle a été vendue.

Au contraire, des copartageants ne contractent point l'un envers l'autre une obligation précise *præstare invicem rem habere licere;* ils ne s'obligent à autre chose qu'à rétablir l'égalité, si par la suite elle se trouvait blessée par les évictions qui surviendraient. Nous avons expliqué plus au long, selon les principes de Dumoulin, en notre *Traité du Contrat de Vente*, No. 632, la différence de ces deux espèces de garantie.

721. L'obligation de garantie que les copartageants contractent réciproquement l'un envers l'autre par le partage, ne s'étend pas seulement aux évictions ; elle s'étend aussi aux charges réelles auxquelles quelque héritage compris au partage, était dès lors sujet, et qui n'ont pas été déclarées par le partage. Cette garantie oblige la partie qui en est tenue, à faire raison pour sa portion, à celle dans le lot de laquelle est

échu l'héritage sujet à cette charge, de ce qu'il aurait été estimé de moins par rapport à cette charge, si elle eût été déclarée.

Il faut excepter de cette garantie les charges qui sont de droit commun, telles que sont celles des droits seigneuriaux ; ces héritages échus aux lots respectifs des parties, étant censés leur avoir été donnés en partage à ces charges, quoiqu'elles n'aient pas été exprimées. *V.* notre *Traité du Contrat de Vente*, part. 2, ch. 1, sect. 3, § 1.

Il faut pareillement excepter de cette garantie des charges réelles, les servitudes visibles ; la présomption étant que n'ayant pu être ignorées de ceux qui ont fait l'estimation de l'héritage sujet à la servitude, l'héritage aura été estimé eu égard à cette charge.

722. L'obligation de garantie qui naît du partage, s'étend aussi aux vices rédhibitoires de quelques-unes des choses comprises au partage, qu'on n'a pas déclarés : elle oblige la partie tenue de cette garantie, à faire raison pour sa part, à celle à qui sont échues par le partage les choses qui ont ces vices, de ce qu'elles auraient été estimées de moins qu'elles ne l'ont été, si ces vices eussent été connus lors du partage.

723. Enfin, dans le partage des biens de la communauté, qui se fait entre le survivant et les héritiers du prédécédé, de même que dans les autres partages, la garantie s'étend à l'insolvabilité des débiteurs des créances et des rentes comprises au partage.

Observez à cet égard une différence entre les créances de sommes exigibles, et les rentes.

La partie à qui est échue en partage une créance d'une somme exigible, n'a de recours de garantie pour l'insolvabilité du débiteur, que lorsque le débiteur, ou était déjà insolvable au temps du partage, ou l'est devenu avant l'expiration du temps qui était nécessaire à la partie à qui la créance est échue, pour s'en faire payer ; et elle doit justifier cette insolvabilité par des diligences qu'elle a faites, avant l'expiration de ce temps, contre le débiteur.

Si l'insolvabilité n'est survenue que depuis, elle n'a aucun recours de garantie. Elle doit s'imputer à elle-même de ne s'être pas fait payer pendant que le débiteur était encore solvable ; son copartageant ne doit pas souffrir de la négligence qu'elle a eue à se faire payer.

Au contraire, comme cette raison ne milite pas à l'égard des rentes, le créancier ne pouvant pas exiger le principal ; en quelque temps que survienne l'insolvabilité du débiteur de la rente, fût ce plus de cent ans après le partage, la partie au lot de laquelle elle est échue, ou ses représentants, ont un recours de garantie contre l'autre partie, ou ses représentants ; pourvu néanmoins que ce ne soit pas par la faute de la partie à qui la rente est tombée en partage, ou par celle de ses représentants, que la rente est devenue caduque, *putà*, en laissant éteindre les hypothèques dont la rente était accompagnée, faute d'interrompre les prescriptions, ou de s'opposer aux décrets des héritages hypothéqués, sur le prix desquels le créancier de la rente eût pu être utilement colloqué, s'il eût formé son opposition.

Cette garantie dont je suis tenu envers mon copartageant au lot duquel la rente devenue caduque est tombée ne m'oblige pas précisément à lui payer pour ma part la somme pour laquelle cette rente lui a été donnée en partage, mais seulement à la lui continuer pour ma part, si mieux je n'aime lui payer pour ma part la somme pour laquelle elle lui a été donnée en partage ; et je dois aussi, en l'un et l'autre cas, lui payer pour ma part les arrérages dont il n'a pu être payé par le débiteur.

Cette espèce de garantie qui a lieu dans les partages, qui s'étend jusqu'à garantir la solvabilité des débiteurs des rentes ou autres créances comprises au partage, a, quant à cela, plus d'étendue que celle qui naît d'un contrat de vente : car, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat de Vente*, part. 6, ch. 4, art. 3, le vendeur d'une rente ou autre créance n'est point, par la nature du contrat, garant de la solvabilité du débiteur, s'il ne s'y oblige par une clause particulière. La

grande égalité qui doit régner dans les partages, y a fait introduire cette espèce de garantie.

On opposera peut-être que la grande égalité qui doit régner dans les partages, peut bien exiger que les copartageants soient réciproquement garants de la solvabilité présente des débiteurs des rentes et autres créances échues en leurs lots respectifs, parce qu'une rente ou autre créance dont le débiteur était déjà insolvable dès le temps du partage, n'étant pas dès lors de la valeur de la somme pour laquelle elle a été donnée en partage à l'une des parties, le partage contiendrait une inégalité, si l'autre partie, à qui il n'est échu que de bons effets, n'en était pas garantie envers elle.

Mais il semble que la garantie de la solvabilité future de ces débiteurs, ne soit pas nécessaire pour l'égalité qui doit régner dans les partages ; car il suffit que le débiteur de la créance échue en mon lot, ait été solvable au temps du partage, pour que cette créance ait valu alors la somme pour laquelle elle m'a été donnée en partage, et pour qu'il y ait eu par conséquent égalité dans le partage.

La garantie de la solvabilité future n'est donc pas, dira-t-on, nécessaire pour l'égalité qui doit régner dans les partages : au contraire, elle paraît, dira-t-on, opposée à un autre principe, qui est que, depuis le partage, les choses échues aux lots respectifs de chacun des copartageants, sont aux risques de celui au lot duquel elles sont tombées. Si, suivant ce principe, je n'ai aucun recours de garantie contre mon copartageant, pour les accidents de force majeure survenus depuis le partage, tels que le feu du ciel, un tremblement de terre, et autres semblables, qui ont détruit une maison échue en mon lot, pourquoi mon copartageant en aura-t-il un contre moi pour l'insolvabilité du débiteur, qui a réduit à rien la créance échue dans son lot, lorsque cette insolvabilité est un acciden qui n'est pareillement survenu que depuis le partage ?

La réponse à cette objection, est qu'il y a une différence entre les choses corporelles, telles qu'est une maison, un pré, un bateau, etc., et des créances. Les choses corporelles ont en

elles-mêmes seules tout ce qu'elles ont de réalité. C'est pourquoi lorsqu'une maison, par exemple, est échue par le partage en mon lot ; en recevant cette maison par la délivrance qui m'en est faite par le partage, j'ai reçu toute la chose et toute la réalité de la chose échue en mon lot : je ne puis donc avoir aucune action de garantie pour raison de cette maison, pourvu que je n'en sois pas évincé par une cause antérieure au partage.—Au contraire, une créance étant une chose qui ne subsiste que dans l'entendement, tout ce qu'elle a de réalité consiste dans la chose due qui en fait l'objet : c'est cette chose due que l'on considère dans la créance, et qui en fait toute la réalité. D'où il suit que, lorsqu'une créance échet par le partage au lot de l'un des copartageants, ce copartageant ne reçoit ce qu'il y a de réalité dans la créance qui lui est échue au partage, que lorsque, par le paiement qui lui en est fait, il reçoit la chose due qui était l'objet de cette créance, et qui en faisait la réalité. Si donc, par l'insolvabilité du débiteur, quoiqu'elle ne soit survenue que depuis le partage, il n'a pu en être payé, il doit avoir recours de garantie, comme n'ayant pas reçu ce qui faisait la réalité de la chose échue en son lot ; pourvu néanmoins que ce ne soit pas par sa faute qu'il ne l'a pas reçue, ayant eu un temps suffisant pour se faire payer pendant que le débiteur était solvable. (1)

Pareillement, les rentes constituées étant des êtres successifs, qui ne subsistent que dans l'entendement, et dont toute la réalité consiste dans les sommes d'argent que le créancier de la rente reçoit pour les arrérages, et dans celles qu'il reçoit pour le rachat, quand le débiteur veut en arrêter le cours ; la partie à qui une rente est échue en partage, est censée n'avoir pas reçu ce qui fait la réalité de la chose échue en son lot, lorsque, par l'insolvabilité du débiteur de la rente, en quelque temps qu'elle survienne, il ne peut plus recevoir ni les arrérages, ni le principal de sa rente ; et il doit en conséquence y avoir lieu à la garantie.

724. L'obligation réciproque de garantie que les coparta-

(1) Voy. C. C. B. C., art. 750.

geants contractent, étant de la nature des partages, mais n'étant pas de leur essence, le survivant et les héritiers du prédécédé, qui partagent les biens de la communauté, peuvent se décharger de cette garantie, soit par une clause apposée au partage, soit par une convention intervenue entre elles depuis le partage.

Les parties peuvent aussi restreindre et modifier cette garantie, *putà*, en convenant " qu'elles seront bien garantes des évictions des choses échues aux lots respectifs, mais qu'elles ne seront pas garantes des caducités des rentes qui surviendront depuis le partage " ; ou en convenant " que la garantie n'aura lieu que jusqu'à un certain temps."

Ces conventions néanmoins ne sont valables qu'autant qu'elles sont faites de bonne foi. Si l'une des parties qui ont eu cette convention, avait connaissance de la cause qui donnait lieu de craindre l'éviction de quelqu'une des choses comprises au partage, et qu'elle eût dissimulé cette connaissance à l'autre partie à qui cette chose est échue par le partage, ce serait un dol qui rendrait la convention vicieuse ; et la partie qui par la suite souffrirait l'éviction de cette chose, pourrait se pourvoir par lettres de rescision contre la convention par laquelle les parties se sont déchargées de la garantie des évictions.

---

* 1 *Pothier*, *Int.*, *tit.* 17 *Orl.*, *No.* 98 *à* 103. } 98. 3o. La principale obligation qui résulte des partages, est l'obligation de la *garantie* que les copartageants se doivent réciproquement.—Il y a lieu à cette garantie toutes les fois que quelqu'un des cohéritiers est obligé de délaisser quelqu'une des choses comprises dans le lot qui lui est échu, ou est empêché de jouir de quelqu'un des droits compris audit lot, ce qui s'appelle *éviction :* tous ses cohéritiers sont en ce cas tenus, chacun pour sa part héréditaire, de le dédommager de la diminution que son lot en souffre, sa part demeurant confuse sur lui.

[ARTICLE 748.]

99. Pour qu'une éviction donne lieu à cette garantie, il faut : 1o. qu'elle procède d'une cause qui existait dès le temps du partage ; comme lorsqu'un cohéritier a été obligé de délaisser un héritage échu en son lot, parce qu'il n'appartenait pas à la succession, ou parce qu'il n'appartenait à la succession que pour un temps, ou jusqu'à l'échéance d'une certaine condition.—Si l'éviction procède d'une cause nouvelle survenue depuis le partage, il n'y a pas lieu à la garantie ; *putà*, si depuis le partage on m'a pris quelque morceau de terre pour faire un grand chemin, ou si le roi a supprimé un office, ou quelque autre droit échu en mon lot.

100. Il faut, 2o. que ce ne soit pas par sa faute que l'héritier ait souffert l'éviction. Par exemple, si par sa faute il a perdu la possession de quelque morceau d'héritage échu en son lot, dans laquelle il aurait pu se maintenir s'il ne l'avait pas perdue ; ou si n'ayant pas sommé en cause ses cohéritiers, il a été condamné à délaisser un héritage échu en son lot, faute par lui d'opposer un moyen de prescription dont il aurait pu se défendre.

101. Enfin, 3o. il faut que ce soit une éviction du risque de laquelle l'héritier n'ait pas été chargé par le partage.—Mais la simple connaissance qu'il aurait eue que la chose était sujette à cette éviction, ne l'exclut pas du droit de garantie.

102. C'est aussi une espèce d'éviction qui donne lieu à la garantie, lorsque l'un des héritiers est obligé de souffrir sur un héritage échu en son lot, quelque charge réelle dont il n'a pas été chargé par le partage. La simple connaissance qu'il en aurait eue n'exclut pas cette garantie.—Il y a, néanmoins, certaines charges pour lesquelles il n'y a pas de garantie, quoiqu'elles n'aient pas été exprimées par le partage, ni même connues de l'héritier à qui l'héritage est échu ; telle est la charge des droits seigneuriaux ordinaires : car la règle, *nulle terre sans seigneur*, ayant lieu parmi nous, cette charge est toujours sous-entendue : telle est aussi la charge des servitudes visibles.

* 8 *Pothier, Succ.*, ch. 4, *art.* 5, § 3. } De l'égalité qui doit être entre les héritiers qui partagent une même succession et un même patrimoine, naît l'obligation qu'ils contractent réciproquement les uns envers les autres de se garantir la libre possession des effets qui échoient dans le lot de chacun ; car il est évident que cette égalité serait blessée, si l'un des cohéritiers souffrait l'éviction d'effets échus en son lot, et qu'il ne fût pas récompensé de cette perte par ses cohéritiers ; puisqu'il se trouverait avoir une portion dans la succession, moindre que la leur.

Comme obligation de garantie est établie par la loi 14, Cod. *fam. ercisc.* Quelques coutumes en ont des dispositions ; et il n'est pas douteux qu'elle a lieu dans celles qui ne s'en expliquent pas, étant fondée sur une équité naturelle.

Elle a lieu de quelque manière que le partage ait été fait, à l'amiable ou par le juge, ou même lorsque le défunt a fait lui-même le partage de ses biens entre ses enfants, même dans les provinces où les prélegs sont permis, car la présomption est que le père, en faisant ce partage envers ses enfants, a voulu l'égalité entre eux.

Pour que l'éviction soufferte par un cohéritier donne lieu à cette garantie, il faut, - 1o. Qu'elle procède d'une cause ancienne et qui existât au temps du partage, et non d'une cause survenue depuis ;—2o. Qu'elle ne procède point de la nature de la chose donnée par le partage pour être de telle nature ;—3o. Que le cohéritier ne l'ait pas souffert, par sa faute ;—4o. Que ce ne soit pas une espèce d'éviction qui ait été exceptée de l'obligation de la garantie par une clause particulière du partage (1).

Nous disons,—1o. Que l'éviction doit procéder d'une cause ancienne, et qui existât au temps du partage. Par exemple, s'il est échu dans le lot d'un cohéritier un héritage qui fût hypothéqué à un créancier de celui qui l'avait vendu au défunt, et que cet héritier ait souffert l'éviction de cet héritage sur

(1) *V.* art. 884, C civ. (Bugnet).

l'action hypothécaire de ce créancier, cette éviction donnera lieu certainement à la garantie de partage ; car elle procède de l'hypothèque que ce créancier avait dès le temps du partage sur cet héritage, et par conséquent d'une cause qui existait au temps du partage.

Au contraire, si j'ai souffert l'éviction d'une pièce de terre échue à mon lot, qu'on m'a prise pour y faire un grand chemin, il n'y a pas lieu à la garantie de partage, quoique je n'aie pu obtenir du prince aucun dédommagement ; car cette éviction procède d'une cause nouvelle et survenue depuis le partage, dont, par conséquent, mes cohéritiers ne me sont point garants ; les héritages qui me sont échus par mon lot de partage devant être à mes risques depuis le partage. Cette pièce de terre dont j'ai souffert l'éviction pour une cause survenue depuis le partage, m'était, lors du partage, aussi avantageuse que les effets échus dans le lot de mes cohéritiers, qui n'ont souffert aucune éviction, et par conséquent le partage ne contient aucune inégalité pour laquelle il puisse m'être dû aucune récompense ; mais l'héritage qui, dès le temps du partage, était hypothéqué à un créancier, et par conséquent sujet à l'éviction, était, dès ce temps, un effet qui ne m'était pas si bon que les effets échus dans les lots de mes cohéritiers, qui n'étaient sujets à aucune éviction, dès ce temps mon lot n'était pas si bon que les leurs ; il y avait, dès ce temps inégalité qui donne lieu à la garantie pour que j'en sois récompensé.

Nous avons dit,—2o. que pour qu'il y ait lieu à la garantie de partage, il fallait que l'éviction ne procédât pas de la nature même de la chose donnée par le partage pour être de telle nature. Par exemple, s'il m'est échu dans mon lot la seigneurie utile d'une maison pour le temps de quinze ans qui en restait à expirer, et qu'elle ait été déclarée telle par le partage, l'éviction que je souffre de cette maison par l'expiration des quinze années qui en restaient à expirer ne donne lieu à aucune garantie de partage ; car c'est une éviction qui procède de la nature même de la chose qui a été donnée pour

telle par le partage, y ayant été déclaré réversible au bout de quinze ans.

Cette éviction ne donne aucune atteinte à l'égalité qui doit être entre les lots, car elle est entrée en considération, et la chose sujette à cette éviction en a été estimée d'autant moins.

Que si elle n'avait pas été déclarée réversible par le partage, ou qu'elle eût été déclarée réversible après un temps plus long que celui après lequel elle l'était effectivement, il n'est pas douteux qu'en ce cas il y aurait lieu à la garantie.

3o. Nous avons dit, en troisième lieu, qu'il fallait que l'éviction ne fût pas arrivée par sa faute ; car, en ce cas, il doit s'imputer à lui-même la perte qu'il souffre ; il est juste que ce soit lui qui souffre de sa propre faute, et non ses cohéritiers. C'est pourquoi si un cohéritier, après avoir été mis en possession d'une pièce de terre par le partage, en laisse usurper la possession par son voisin, et qu'après la possession acquise au voisin, par an et jour, il donne la demande en revendication contre ce voisin, dans laquelle il succombe faute de justifier qu'elle lui appartint, il n'y a pas lieu à la garantie contre ses cohéritiers ; car c'est par sa faute qu'il souffre l'éviction de cette pièce de terre, il aurait pu la conserver, s'il n'en avait pas laissé usurper la possession.

Un autre exemple d'éviction soufferte par la faute du cohéritier, c'est lorsqu'il a omis d'opposer une prescription qui lui était acquise contre la demande sur laquelle il a été évincé. Mais s'il a eu soin, comme il le doit, d'appeler en garantie ses cohéritiers lorsqu'il a été assigné, ses cohéritiers ne pourront pas lui opposer cette faute ; car étant appelés en garantie, ils étaient tenus de le défendre, et, par conséquent, d'opposer toutes les prescriptions qui pouvaient être opposées contre la demande, et, par conséquent, ils ne sont pas recevables à opposer au cohéritier qui a souffert l'éviction qu'il n'a pas opposé cette prescription ; car étant tenus eux-mêmes de l'opposer, ils ne peuvent être recevables à lui reprocher une faute qui leur est commune avec lui.

Enfin nous avons dit,— 4o. Qu'il fallait que ce ne fût pas

une espèce d'éviction qui eût été exceptée de la garantie par une clause particulière du partage, comme par exemple, si une métairie est assignée dans un lot avec cette clause, que " de cette métairie dépend un minot de terre situé en tel endroit pour raison duquel il y a contestation avec le voisin dont celui à qui le lot écherra se défendra comme il pourra." On peut imaginer mille autres exemples.

Lorsque les conditions que nous avons requises concourent, il y a lieu à la garantie, et il n'importe quelle espèce d'éviction le cohéritier ait soufferte.

Il n'importe que ce soit ou sur une action de revendication de la part du vrai propriétaire de l'héritage qui lui a été donné en son lot comme appartenant à la succession, quoiqu'il ne lui appartînt pas, ou sur une action *ex testamento* de la part d'une personne qui y avait droit en vertu d'une substitution ouverte à son profit par la mort du défunt, ou sur quelque autre action que ce soit.

Pareillement il y a lieu à la garantie, soit que le cohéritier ait souffert l'éviction entière de l'héritage, soit qu'il ait été obligé de se soumettre à quelque charge réelle ou à quelque servitude dont il était chargé, sans que cette charge ou servitude ait été déclarée par le partage ; car c'est une espèce d'éviction qu'il souffre, puisqu'il ne peut avoir une possession aussi pleine et aussi libre de l'héritage qu'elle lui avait été donnée par le partage.

Il faut excepter de cette décision les charges seigneuriales dont les héritages sont chargés par la coutume des lieux, et les servitudes visibles. Il n'est pas nécessaire qu'elles soient déclarées par le partage pour exclure l'action de garantie, parce que le cohéritier a dû le prévoir.

Vice versâ, si quelque héritage a été donné par partage à un cohéritier, comme ayant quelques droits de servitude sur des héritages voisins, et qu'il soit jugé que cet héritage n'avait point ces droits, c'est une éviction qu'il souffre qui donne lieu à la garantie.

En bref, toutes les fois que les choses échues en mon lot ne

sont pas telles qu'elles ont été déclarées être par le partage, et que j'ai intérêt qu'elles soient, il y a lieu à la garantie de partage, quand même je ne souffrirais pas d'éviction, comme s l'héritage qui est échu dans mon lot est d'une moindre contenance que celle déclarée par le partage.

On demande si la connaissance que l'héritier aurait eue, lors du partage, de la cause de l'éviction qui est survenue depuis doit l'exclure de la garantie ? Il faut dire que non, si cette éviction à laquelle l'héritage était sujet n'est point entrée en considération dans le partage, et qu'il ait été estimé comme s'il n'y était pas sujet ; car ce qui donne lieu à la garantie de partage est l'inégalité que l'éviction cause, laquelle se rencontrant également dans le cas où le cohéritier qui a souffert l'éviction a eu connaissance de la cause de l'éviction, comme dans le cas auquel il n'en a pas eu connaissance, il doit y avoir également lieu à la garantie en l'un et l'autre cas.

Que s'il paraissait que le cohéritier, au lot duquel l'héritage est tombé, eût été par le partage chargé des risques de l'éviction, que pour cet effet on lui eût donné l'héritage pour beaucoup au-dessous de sa valeur, en ce cas il n'est pas douteux qu'il n'y aurait lieu à la garantie.

Aussitôt qu'un héritier est assigné sur quelque demande tendante à éviction, il lui est important d'appeler incontinent en garantie ses cohéritiers :—1o. Parce qu'ils ne sont tenus de l'acquitter des frais pour la part dont ils sont héritiers que du jour qu'ils sont appelés en cause, il n'a aucun recours contre eux pour tous ceux qui se font dans le temps intermédiaire ;— 2o. S'il s'était laissé condamner sans avoir fait statuer en même temps sur la garantie, il pourrait arriver qu'il n'eût aucun recours contre eux ; car, pour qu'il l'eût, il faudrait qu'il leur justifiât qu'il a été justement condamné, sans quoi ses cohéritiers se défendraient valablement, en lui disant que, s'ils avaient été appelés, ils auraient pu se défendre mieux que lui, et empêcher la condamnation intervenue contre lui ; que d'ailleurs l'éviction qu'il souffre *per injuriam judicis*, est une éviction qui ne procède pas d'une cause exis-

tante au temps du contrat, mais d'une autre cause nouvelle, et qui ne peut par conséquent donner lieu à la garantie (1).

L'obligation de la garantie consiste en ce que chacun des cohéritiers est obligé, pour la portion dont il est héritier, d'indemniser son cohéritier de la perte que lui a causée l'éviction. Par ce moyen, l'inégalité que l'éviction causait dans les lots est réparée: *finge ;* un homme laisse 12,000 livres de biens qui sont partagés entre six cohéritiers qui ont chacun un lot de 2,000 livres ; l'un d'eux souffre une éviction de 600 livres qui réduit son lot à 1,400 livres, chacun de ses cohéritiers est obligé de l'indemniser de cette perte pour la portion dont il est héritier, c'est-à-dire, une sixième portion qui se monte à 100 livres ; il recevra donc 500 livres de ses cinq cohéritiers, et il ne manquera plus sur son lot de 2,000 livres que la somme de 100 livres, et il manquera aussi sur le lot de 2,000 livres de chacun de ses cohéritiers, la somme de 100 livres qu'ils ont été obligés de lui donner, et, par ce moyen, l'égalité sera parfaitement rétablie entre eux (2).

Si quelqu'un des cohéritiers contre qui celui qui a souffert l'éviction à un recours de garantie, était insolvable, cette insolvabilité serait une nouvelle perte qu'il souffrirait dans son lot, laquelle devrait pareillement être répartie entre lui et ses cohéritiers solvables ; *finge*, en retenant la même espèce que ci-dessus, que trois des cohéritiers contre qui celui qui a souffert l'éviction a recours, sont entièrement insolvables, cette insolvabilité lui cause une perte de 300 livres qu'ils lui devaient pour leurs trois portions dont ils étaient tenus de la garantie ; cette perte de 300 livres doit être partagée entre lui et les deux autres cohéritiers solvables qui doivent en porter chacun 100 livres (3).

On suit d'autres principes à l'égard de la garantie des offices ; car comme l'office est aux risques de l'enfant à qui on l'a

(1) *V.* art. 1640, C. civ. qui consacre cette doctrine. (BUGNET).

(2) *V.* art. 885, C. civ., 1er alinéa. (BUGNET).

(3) *V.* art. 885, C. civ., 2e alinéa, note précédente. (BUGNET).

donné, il suit de là qu'il ne peut pas demander que ses cohéritiers lui fassent raison des taxes qu'il a été obligé de payer pour cet office.

Il en est encore autrement de la garantie des rentes, car il y a lieu à cette garantie, lorsque la rente devient caduque par l'insolvabilité des débiteurs, quand même la caducité n'arriverait que plus de cent ans après le partage, et cette caducité s'établit par la discussion des débiteurs et des biens sujets à la garantie.

Quelle est la raison sur laquelle peut être fondée cette garantie ? Toutes les autres choses commencent, dès l'instant du partage, à être aux risques du cohéritier au lot duquel elles sont échues, si elles viennent à périr depuis le partage, comme par exemple si une maison brûle ou tombe de vétusté, ses cohéritiers ne lui en sont point garants, il en souffre la perte sans aucun recours. Pourquoi, de même, une rente qui lui sera échue depuis le partage, n'est-elle pas à ses risques ? Pourquoi les cohéritiers lui sont-ils garants de sa caducité ? La raison est qu'une rente est un être successif, composé de parties qui doivent se succéder les unes aux autres jusqu'au rachat qui s'en peut faire, et qui de sa nature doit durer jusqu'au rachat. Le cohéritier à qui elle est échue par le partage, ne l'a donc point entière, lorsqu'elle cesse d'être payable, il il faut donc que ses cohéritiers la lui parfournissent, en la lui continuant jusqu'au rachat (1). Il n'en est pas de même d'une maison ou autre chose, ces êtres ne consistent point dans une succession de parties ; dès le premier instant que j'ai une maison, j'ai tout son être ; si elle vient à périr par quelque

(1) La doctrine du Code sur la garantie des rentes, est bien différente.

1o. Toute insolvabilité du débiteur de la rente, survenue après le partage, est pour le compte du cohéritier dans le lot duquel se trouvait la rente sans aucun recours, à cet égard, contre ses cohéritiers.

2o. La durée de l'action en garantie pour insolvabilité existant à l'époque du partage, ne dure que cinq ans. Probablement par la raison que, plus on s'éloigne d'une époque, plus aussi il est difficile de constater si telle personne était ou non solvable à cette même époque. *V.* art 886, C.civ. (Bugnet).

cas fortuit, c'est une suite de sa nature. Les maisons, au contraire, comme tous les autres ouvrages des hommes, ne sont pas de nature à toujours durer.

Pour qu'il y ait lieu à cette garantie, il faut que ce ne soit pas par la faute de l'héritier à qui la rente est échue, qu'elle soit devenue caduque, comme s'il avait laissé prescrire les hypothèques qu'il aurait pour cette rente, s'il les a laissé éteindre en manquant de s'opposer au décret pour les conserver.

Cette garantie consiste en ce que chaque cohéritier est tenu de continuer la rente pour la portion dont il est héritier, à celui à qui elle était échue, et de lui en payer, pour ladite portion, les arrérages anciens dont il n'a pu être payé.

Si quelqu'un des cohéritiers tenus de cette garantie était insolvable, l'insolvabilité devrait se répartir entre ceux qui sont solvables et celui à qui la garantie est due, suivant que nous l'avons dit ci-dessus.

Cette garantie de la caducité des rentes est quelquefois restreinte à un certain temps, ou même exclue par une clause de partage. Par exemple, on convient quelquefois que les copartageants ne seront points garants de la caducité des rentes qui arriveront dix ans après le partage, ou même absolument qu'ils n'en seront point garants.

Il y a aussi une garantie de fait pour les créances exigibles qui échoient par partage à quelqu'un des héritiers ; si, après avoir fait des diligences dans un temps convenable il ne peut être payé, il a un recours de garantie contre ses cohéritiers, pour qu'ils l'indemnisent chacun pour leur portion héréditaire. Mais, s'il a manqué de se faire payer dans un certain temps suffisant, il n'a aucun recours ; parce que c'est en ce cas sa faute de ne s'être pas fait payer pendant que les débiteurs étaient peut-être en état.

L'action de garantie, comme toutes les autres actions, se prescrit par trente ans qui ne commencent à courir que du jour qu'elle est ouverte, c'est-à-dire, du jour de l'éviction, et, à l'égard de la garantie de fait des rentes et autres créances,

du jour que la caducité en a été constatée par la discussion des débiteurs.

---

* 2 *Maleville, sur art.* 884 *C. N.* } Celle même provenant d'une cause antérieure, peut ne pas donner lieu à la garantie, si c'est par la faute de l'héritier qu'elle est arrivée ; par exemple, dit Lebrun, *successions*, liv. 4, chap. 1, No. 69, s'il a négligé de s'opposer à un décret, il ne pourra pas demander de garantie, s'entend à concurrence de la collocation utile qu'il aurait pu obtenir.

Si encore, il a renoncé à la garantie, il est bien évident qu'il ne peut pas en demander, c'est alors un contrat aléatoire, et il est probable qu'il a reçu davantage, en conséquence de sa renonciation.

Lebrun, *loc. cit.*, décide, par argument de la loi 16, ff. *de fundo dot.*, que s'il manquait peu de tems par exemple, moins d'un an, pour que la prescription s'accomplît en faveur d'un tiers, pour la propriété d'un objet compris dans le lot d'un cohéritier, il pourra exercer sa garantie contre les autres, et cela paraît raisonnable, excepté que le cohéritier n'eût été stimulé par les autres, ou qu'il n'y eût quelqu'autre circonstance qui démontrât une négligence inexcusable de sa part.

---

* *C. N.* 884. } Les cohéritiers demeurent respectivement garans, les uns envers les autres, des troubles et évictions seulement qui procèdent d'une cause antérieure au partage.

La garantie n'a pas lieu, si l'espèce d'éviction soufferte a été exceptée par une clause particulière et expresse de l'acte de partage ; elle cesse, si c'est par sa faute que le cohéritier souffre l'éviction.

---

749. Chacun des copartageants est personnellement obligé, en proportion de sa part, d'indemniser son copartageant de la perte que lui a causée l'éviction.

Si l'un des copartageants se trouve insolvable, la portion dont il est tenu doit être répartie au marc la livre entre tous les copartageants solvables, d'après leurs parts respectives.

749. Each of the copartitioners is personally bound, in proportion to his share, to indemnify his coheir for the loss caused to him by the eviction.

If one of the copartitioners be insolvent, the portion for which he is liable must be divided rateably among all the solvent coheirs, according to their respective shares.

Voy. autorités sur arts. 735, 746, 748.

---

* 2 *Maleville, sur art.* 885 *C. N.* } *De la perte ;* de cette expression on conclut que ce n'est que de cette perte, et non des dommages et intérêts, que les co-héritiers doivent garantir l'héritier évincé. Je crois qu'il faut distinguer les dommages et intérêts actifs, de ceux qui ne sont que passifs, l'omission de gagner, de la perte réelle.

Si l'héritier évincé avait fait des améliorations et réparations à la chose, on devrait sans doute lui en tenir compte, mais je crois qu'on ne lui doit que le prix pour lequel la chose lui a été donnée en partage, quoique par quelque circonstance indépendante de ses améliorations cette chose eût augmenté de prix ; excepté que cette augmentation ne fût commune aux autres lots, auquel cas, l'égalité qui est l'âme des partages, devrait engager à lui en tenir compte.

[ARTICLE 750.]

* *C. N.* 885. } Chacun des cohéritiers est personnellement obligé, en proportion de sa part héréditaire, d'indemniser son co-héritier de la perte que lui a causée l'éviction.

Si l'un des co-héritiers se trouve insolvable, la portion dont il est tenu, doit être également répartie entre le garanti et tous les co-héritiers solvables.

---

750. Il n'y a pas lieu à garantie pour l'insolvabilité du débiteur d'une créance échue à l'un des copartageants, si cette insolvabilité n'est survenue que depuis le partage.

Cependant l'action en garantie subsiste pour le cas d'une rente dont le débiteur est devenu insolvable en quelque temps que ce soit depuis le partage, si la perte ne vient pas de la faute de celui à qui la rente était échue.

L'insolvabilité des débiteurs existante avant le partage donne lieu à la garantie de la même manière que l'éviction.

750. There is no warranty against the insolvency of the debtor of a claim which has fallen to one of the coheirs, if such insolvency do not occur until after the partition.

Nevertheless, there is an action of warranty in the case of a rent, when the debtor of it has become insolvent at any time since the partition ; unless the loss arises from the fault of the party to whom the rent was allotted.

The insolvency of debtors which exists at the time of the partition gives rise to warranty in the same manner as eviction.

---

* *ff. de evict.*, *L.* 74, § 3. } § 3. Qui nomen quale fuit vendidit, duntaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum præstare cogitur. (HERMOGENIANUS).

Ibidem. } § 3. Celui qui a vendu une créance sans
Trad. de M. Hulot. } garantie, est obligé simplement à faire voir que la créance existe ; mais non pas à en procurer le recouvrement. Il est en outre tenu de sa mauvaise foi. (HERMOGÉNIEN).

---

* *ff. de hered. vel act. vend.,* } *L.* 4. Si nomen sit distractum,
L. 4. } Celsus libro nono digestorum scribit, locupletem esse debitorem non debere præstare : debitorem autem esse præstare, nisi aliud convenit. (ULPIANUS).

Ibidem. } *L.* 4. Lorsqu'on vend une créance, Celse
Trad. de M. Hulot. } écrit au livre neuf du digeste, que le vendeur n'est point obligé de garantir que le débiteur est solvable, mais seulement qu'il est véritablement débiteur, à moins qu'il n'y ait à cet égard une convention expresse des parties. (ULP.)

---

* *Lebrun, Succ., liv.* 4, } 66. A l'égard de la garantie des
ch. 1, *No.* 66. } rentes entre cohéritiers, elle se pratique d'une manière qui paraist un peu dure : car les descendans ou autres héritiers d'un copartageant peuvent estre recherchez au bout de cent ans pour l'insolvabilité du débiteur d'une rente donnée en partage à son cohéritier. Et je ne dis pas pour l'insolvabilité qui estait déjà lors du partage, mais pour celle qui est survenue cent ans après : c'est pourquoy je serais d'avis qu'on ne manquast jamais dans les partages de faire un forfait des rentes sous la seule garantie des faits et promesses du défunt, afin de ne charger les cohéritiers que de la garantie de droit seulement, et non de celle de fait, ni de la solvabilité du débiteur. Mais pour la garantie de droit je ne tiens point qu'on la puisse jamais exclure, la nature du partage y résiste.

Je n'estime pas même que l'on puisse exclure la garantie de fait qui concerne la solvabilité au temps du partage, et qu'on puisse donner un effet caduc, et sur un débiteur insolvable,

avec clause d'exclusion de garantie, à moins qu'il n'ait esté fait mention expresse du peu de solvabilité où l'on croyait le débiteur, et que l'héritier ait pris cette dette, comme une partie caduque ou peu solvable, et qu'enfin, cela ne cause pas dans son partage une lésion du tiers au quart : la raison est, ce qui a esté répété tant de fois, que le contrat de partage n'est pas un contrat à l'ordinaire, où il s'agisse de commercer, et de faire sa condition avantageuse aux dépens de ceux avec qui l'on contracte, mais que c'est un contrat où la bonne foy et l'égalité sont essentielles, et où il n'est question que de faire trouver à chacun des copartageans dans ce qui luy est donné, la juste valeur de ce qu'il doit avoir. C'est pourquoy toutes les clauses qui le composent doivent estre expliquées autant qu'il se peut : de telle manière qu'elles conservent cette égalité, et quand elles la détruisent absolument sans estre susceptibles d'aucune explication qui les concilie avec la justice dûe à chacun des copartageans, alors la restitution pour lésion du tiers au quart vient au secours, pourvû que l'héritier qui est lézé se pourvoye dans le temps de l'Ordonnance. Ainsi il est assez juste de dire que si l'on a donné un effet caduc, et qu'il ne paraisse pas qu'on ait eu égard dans le partage à la caducité de cet effet, l'exclusion de toute garantie, tant de droit, que de fait, se devra expliquer de la garantie de l'insolvabilité qui aurait pû survenir après le partage, et non de celle qui estait déjà au temps du partage. Que si l'on a encore expliqué la clause plus au long, et si on a dit sans aucune garantie de droit ni de fait, ni pour l'insolvabilité présente, ni pour l'insolvabilité à venir : en ce cas, l'héritier lézé pourra encore estre relevé pour lésion du tiers au quart : encore que Gaspard Caballinus en son Traité *de evictione* § 4, *n.* 51. vers la fin, dise le contraire, et prétende que l'on peut exclure toute garantie entre cohéritiers.

---

* *Lacombe*, *Vo. Partage*, *sec.* 4, *No.* 2. } 2. (GARANTIE). Est due de plein droit, *l.* 14, *cod. fam. ercisc. l.* 66 *de evict. l.* 7, *cod. comm. utr. jud.* Bretagn. 142 et autres, le Br.

n. 64 et 65. Quant aux rentes sur particuliers, les lots sont garans de l'insolvabilité qui survient, même 100 ans après, le Br. n. 66. et il conseille d'exclure la garantie de fait, *v.* Garantie ; mais l'on ne peut exclure la garantie de droit, ni celle de la solvabilité au temps du partage, sinon que la rente ou dette soit donnée comme caduque ou peu solvable, le Br. n. 66.

Mais par rapport aux rentes dues par le Roi, il n'y a point de garantie des faits du Prince, s'il n'y en a stipulation expresse, Bacq. du transport des rentes, ch. 3. n. 4. *v.* Garantie, n. 15.

---

7 *Pand. frs., sur art.* 886 *C. N.* } 524. A l'égard des rentes, le Code civil change les maximes reçues jusqu'à présent. Sa disposition, sur ce point, est nouvelle. Au reste, elle est d'une clarté qui ne demande aucune explication.

Elle doit être appliquée à tous les partages qui se sont faits depuis que la Loi sur les successions est devenue obligatoire. Elle ne peut l'être à ceux faits antérieurement. Ce serait lui donner un effet rétroactif Il faut, pour la garantie des rentes qui, par ces partages, peuvent être échues à quelqu'un des héritiers, suivre les anciennes règles.

525. Suivant les anciens principes, chacun des cohéritiers avait une hypothèque privilégiée sur les immeubles compris au lot des autres, pour raison de cette garantie. En est-il encore de même ?

Le Code civil ne s'expliquant pas sur cette matière, il n'y aurait aucune difficulté à répondre affirmativement, si cette Loi conservait l'hypothèque tacite. Mais comme elle n'admet que l'hypothèque expresse et spéciale, nous conseillons aux copartageans, pour éviter toute contestation, d'avoir soin de stipuler cette hypothèque par l'acte de partage.

---

* 2 *Maleville, sur art.* 886 *C. N.* } La première partie de cet article est contraire à l'ancienne jurisprudence, suivan laquelle la garantie, à l'égard des rentes, était imprescriptible,

et pouvait avoir lieu, même après cent ans. Lebrun, *loc. cit.* No. 66. Mais quand il s'agit de rente sur l'état, il n'y a lieu à garantie des faits du prince, excepté qu'elle n'ait été expressément réservée, Rousseaud, *Partage*, sect. 4, No. 2.

La seconde partie de l'article dérive du principe posé dans l'art. 884.

---

* *C. N.* 886. } La garantie de la solvabilité du débiteur d'une rente ne peut être exercée que dans les cinq ans qui suivent le partage. Il n'y a pas lieu à garantie, à raison de l'insolvabilité du débiteur, quand elle n'est survenue que depuis le partage consommé.

SECTION V.

DE LA RESCISION EN MATIÈRE DE PARTAGE.

751. Les partages peuvent être rescindés pour les mêmes causes que les autres contrats.

[La rescision pour lésion n'y a lieu qu'à l'égard des mineurs, d'après les règles portées au titre *Des Obligations.*]

La simple omission d'un objet de la succession ne donne pas ouverture à l'action de rescision, mais seulement à un supplément à l'acte de partage.

SECTION V.

OF RESCISSION IN MATTERS OF PARTITION.

751. Partitions may be rescinded for the same causes as other contracts.

[Rescission on the ground of lesion takes place in the case of minors only, according to the rules declared in the title *Of Obligations.*]

The mere omission of an object belonging to the succession does not give rise to the action of rescission, but only gives a right to a supplement of the act of partition.

[ARTICLE 751.]

Voy. C. C. B. C., arts. 1001 à 1011 et rapport de MM. les Commissaires sur ce titre.

---

* 2 *Maleville, sur art.* 887 *C. N.* } Sur la première partie de l'article, on demanda pourquoi l'erreur de fait n'était pas mise au nombre des causes de rescision du partage ; on répondit qu'elle se confondait avec la lésion ; car s'il n'en résultait pas de lésion, il n'y aurait pas d'intérêt à relever l'erreur.

Mais il fut répliqué, que l'erreur pourrait produire une lésion qui ne fût cependant pas de plus du quart, et qui devait cependant toujours être réformée ; alors on convint qu'il y avait lieu à un partage supplémentaire, et cela fut ajouté à l'article.

La seconde partie est conforme à l'ancienne jurisprudence. La rescision pour lésion doit avoir lieu à l'égard de tout partage, même pour ceux faits par autorité de justice, par cela seul que notre article ne les excepte pas de la règle, et tel était aussi l'usage. *V.* Lebrun, *loc. cit.*, No. 52 et suiv.

---

* *C. N.* 887. " 889. } 887. Les partages peuvent être rescindés pour cause de violence ou de dol.

Il peut aussi y avoir lieu à rescision, lorsqu'un des co-héritiers établit, à son préjudice, une lésion de plus du quart. La simple omission d'un objet de la succession ne donne pas ouverture à l'action en rescision, mais seulement à un supplément à l'acte de partage.

889. L'action n'est pas admise contre une vente de droit successif faite sans fraude à l'un des co-héritiers, à ses risques et périls, par ses autres co-héritiers, ou par l'un d'eux.

[ARTICLE 752.]

752. Lorsque l'on a à décider s'il y a eu lésion, c'est la valeur des objets au temps du partage qu'il faut considérer.

752. When it becomes necessary to decide whether there is lesion, the value of the objects at the time of the partition is to be considered.

---

* *Cod. de rescind. vind., L. 8 in fine.* } *L. 8.* Nisi minus dimidia justi pretii quod fuerat tempore venditionis, datum esset, electione jam emptori præstita servanda.

Datum calend. decembris, CC. Coss.

Ibidem. Trad. de P. A. Tissot. } *L. 8.* Il en serait autrement si le prix donné était moindre que la moitié de la valeur du fonds lors de la vente ; car alors l'acheteur serait contraint ou de faire le supplément du prix, ou de restituer la chose après en avoir reçu préalablement le prix qu'il en aurait donné.

Fait pendant les calend. de décemb., sous le cons. des Césars.

---

* *Lebrun, Succ., Liv. 4, ch. 1, No. 59.* } 59. Dans tous les cas où il vient d'estre dit, que la restitution pour lésion a lieu, l'on considère la lésion, eu égard au temps du partage, et non pas l'événement, suivant la Loy 11. §. 4. et 5. *ff. de min.* la Loy 7. § 9. *eod.* la Loy *Si voluntate tua C. de rescind. vendit.* sur la fin, et la Loy *Pretia rerum* § *fin. ff. ad L. falcid.*. Ainsi l'augmentation et la diminution qui peut survenir entre le partage, et la demande en restitution, régulièrement ne se considère pas.

---

* *C. N.* 890. } Pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage.

---

753. Le défendeur à une demande en rescision de partage, peut en arrêter le cours et en empêcher un nouveau, en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa part dans la succession, soit en numéraire, soit en nature.

753. The defendant in an action of rescission of partition may arrest its progress and prevent the bringing of another, by offering and delivering to the plaintiff the supplement of his share in the succession, either in money or in kind.

---

* *Cod. de rescind. vend.*, *L.* 2. } *L.* 2. Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venditum recipias, auctoritate judicis intercedente : vel, si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

Ibidem. *Trad. de P. A. Tissot.* } *L.* 2. Si vous ou votre père avez vendu un fonds pour un prix moindre que la moitié de sa valeur, il est juste qu'en offrant préalablement aux acheteurs le prix qu'ils en ont donné, ils vous restituent le fonds vendu par l'intermédiaire du juge, ou si l'acquéreur le désire, que vous receviez le supplément du prix. *Minus pretium* (moindre prix) est celui qui ne représente pas la moitié de la juste valeur de la chose.

---

* *Lebrun, Succ.*, *Liv.* 4, *ch.* 1, *Nos.* 60-62. } 60. Quelquefois aussi l'on ne donne point atteinte au partage, mais on supplée en biens héréditaires. En quoy il faut user de distinction. Car s'il se trouve une lésion énorme dans le partage, en ce cas, c'est *dolus* dans *causam contractus*, et il faut procéder à nouveau partage. Et l'on fait cette différence entre les contrats de bonne foy, et les contrats de Droit étroit,

que le dol rend les premiers absolument nuls, suivant la disposition de la Loy *Si dolos* 5. *C. de rescind. vendit.* Or l'on ne peut pas douter que le partage ne soit un contrat de bonne foy. Ainsi estant nécessaire que le dol ait été la cause du partage, je n'estimerais pas que cela eût lieu, si les lots ayant esté faits du consentement de toutes les Parties, avaient esté jettez au sort. Au contraire, si l'on a procédé de bonne foy au partage, et qu'il n'y ait qu'une lésion du tiers au quart, ou que la lésion estant plus grande, le sort ait décidé de la distribution des lots, l'on suit la voye du supplément qui se doit faire en biens héréditaires, et non pas en deniers. Car le fondement de la restitution ou du supplément qui est dû, est que celuy qui se plaint n'a pas eu sa part afférante des biens de la succession. Ainsi il doit estre récompensé en biens héréditaires, et il n'est point obligé de recevoir en deniers le supplément qu'il poursuit, comme le remarque Maistre Charles du Molin, sur l'art. 22. de la Coutume de Paris, nomb. 42.

62. Au reste, le droit de restitution contre un partage se communique quelquefois entre cohéritiers par une espèce de nécessité. Car si l'on suppose, par exemple, qu'il y ait eu un partage entre trois frères, où les deux puînez souffrent quelque lésion, et l'aîné se trouve avantagé du tiers au quart, mais que les temps de restitution soient passez à l'égard du second frère, et qu'au contraire le troisième soit dans les dix ans du jour de sa majorité, la restitution de celuy cy profitera au second, le partage ne pouvant pas subsister à l'égard de l'un et estre cassé à l'égard des deux autres, et pouvant passer pour chose aussi individuë, qu'une servitude.

C'est ainsi qu'un majeur estant substitué et conjoint *re et verbis* avec un mineur, et le mineur estant relevé, comme il est possible, selon Brodeau, lettre S, nomb. 3. du défaut de la publication de la substitution, quoique Maistre Jean Marie Ricard soit d'avis contraire, le majeur en est aussi relevé par une conséquence nécessaire, et parce qu'autrement le mineur profiterait seul de la substitution à cause de la conjonction et du droit d'accroissement.

* *I Dumoulin, sur la C. de Paris, Tit* 1, *Des fiefs, art.* 33, *Glose* 1, *No.* 42, *p.* 395. } Et in simili in divisione immobilium, quod in casu inæqualitatis non teneatur habens excessivam partem eam restituere sed possit supplere in pecuniâ, tenet Joan. And. in *addi. ad specul. tit. de jud.* §. *sequitur videre super ver. Item quod hæredes.* Et idem vult Baldus improbans Cyn. in *l. majoribus, C. com. utri, jud.* sed Pet. Cyn. Joan. Fab. Alb. Salic. ibi Cyn. in *d. l.* 2, *col.* 1, *q.* 2. Henric. Boic. *in cap. cum causâ de empt. et vend.* tenent in hujus modi divisione, non esse locum facultati supplendi, vel reddendi pecuniam : sed rem ipsam debere restitui et hæc veritas : et ita debet servari et practicari, licet multi per imperitiam in hoc errent : dum in libellis, etiam in impetrationibus literarum regiarum, super rescindendis inæqualibus divisionibus immobilium, apponunt hanc alternativam, vel de supplendo pretium ad electionem rei conventi, quæ non debet apponi. Et circa rescisionem divisionum, illud obiter adverte, quod non requiritur læsio ultra dimidiam, sed sufficit non nimis modica inæqualitas, ut plenè dixi infra § 154. *ad fin. ubi remitto, et in tracta. de commercio et usurar. qu.* 14. Facit quod in casu d. l. 2, restitutio rei et rescissio est in obligatione : suppletio autem vel restitutio excedetis pretii in solutione seu nuda facultate solvendi : nec est obligatio alternativa ut tenet glo. magna in *d. l.* 2 *in medio.* et ibi Bal. g. 15. Salic. et omnes et bene, quamvis solus Bar. ibi dicat obligationem esse alternativam, et necesse esse libellum accipi alternativè, quod de juris subtilitate non est verum, licet in practica vulgo servetur opinio Bar. Itaque quando illud quod est in facultate non congruit, remanet præcisè illud quod est in obligatione.

---

* 8 *Pothier, Succ., ch.* 4, *art.* 6. } Les partages peuvent être rescindés pour les mêmes causes pour lesquelles se rescindent les autres actes, comme pour cause de violence, de surprise, d'erreur de fait.

Les mineurs qui sont lésés dans un partage, sont aussi res-

tituables contre ce partage, comme ils le sont dans les autres actes dans lesquels ils sont lésés.

A l'égard des majeurs, la seule cause de lésion ne leur donne point le droit d'être restitués contre le partage, à moins qu'elle ne soit considérable. Il n'est point nécessaire, néanmoins, qu'elle soit d'outre moitié, comme dans les autres contrats de commerce ; c'est une très ancienne jurisprudence que la lésion du tiers au quart (c'est-à-dire qui passe le quart), suffit pour restituer un majeur contre un partage ; car, quoique l'égalité doive être l'âme de tous les contrats de commerce, elle est encore requise avec plus d'exactitude dans les partages. Tout notre droit français ne tend qu'à cette égalité.

Les partages peuvent être rescindés pour cause de cette lésion ;

1o. Quand même ils auraient été faits en justice ;

2o. Quoique les lots aient été tirés au sort ; car l'intention des parties a été que les lots fussent égaux, et n'a pas été de faire un contrat aléatoire ;

3o. Quand même le partage aurait été qualifié par le notaire de *transaction*. Il est vrai que, selon l'édit des transactions, on ne peut être restitué contre une transaction, pour quelque lésion que ce soit ; mais cet édit ne s'étend pas à des actes qui n'ont de la transaction que le nom, et qui au fond ne contiennent qu'un partage.

4o. La vente qu'un des cohéritiers fait à l'autre de sa part dans les immeubles de la succession tenant lieu de partage, doit être aussi sujette à restitution, pour la seule lésion d'outre le quart. Que s'il vendait ses droits successifs à son cohéritier, quoique cette vente tienne aussi lieu de partage, elle n'est guère sujette à rescision ; car l'*incertum æris alieni* dont l'acheteur se charge, empêche qu'on ne puisse dire qu'il y a lésion, et met cet acte au rang des contrats aléatoires contre lesquels la restitution pour cause de lésion n'est pas admise.

Cette décision n'a lieu que lorsque les deux contractants n'étaient pas plus instruits l'un que l'autre des droits de la succession.

[ARTICLE 753.]

La restitution contre les partages doit être demandée par les majeurs dans les dix ans, de même que contre les autres actes.

L'effet de cette restitution est qu'on ordonne un nouveau partage ; on pourrait quelquefois éviter, selon les circonstances, le nouveau partage, en faisant donner un supplément en argent ou héritage à la partie lésée.

---

* 7 *Pand. frs., sur art.* 891 *C. N.* } Cet article érige en règle l'opinion de M. Pothier (Succ. ch. 4, art. 6). Cela ne souffre aucune difficulté.

---

* 2 *Maleville, sur art.* 891 *C. N.* } Cet article est contraire à l'ancienne jurisprudence, et même à la sévérité des règles, en ce qu'il dit que le défendeur pourra fournir le supplément en numéraire, ou en nature ; il n'en est pas d'un partage comme d'une vente ; dans celle-ci, le vendeur n'a voulu que recevoir le prix de sa chose ; mais le co-héritier, au contraire, a voulu toute sa portion en nature, et *aliud pro alio invito creditore solvi non potest. Voy.* Lebrun, *n.* 61, et Dumoulin *sur Paris, art.* 33, *glossâ primâ, n.* 42. Cependant cet article peut se défendre par l'inconvénient de déranger tous les lots déjà faits.

On tenait aussi que le supplément n'était pas recevable, quand il y avait une lésion énormissime, c'est-à-dire, de plus de moitié ; pour lors, il fallait refaire le partage. Lebrun, *n.* 60. Comme notre section ne parle que de la lésion de plus du quart, on peut prétendre que l'ancienne jurisprudence n'est pas abolie, relativement à la lésion d'outre-moitié ; mais je doute que cette opinion fut suivie.

---

* *C. N.* 892. } Le co-héritier qui a aliéné son lot en tout ou partie, n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à la découverte du dol, ou à la cessation de la violence.

TITRE DEUXIÈME.

DES DONATIONS ENTREVIFS ET TESTAMENTAIRES.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

TITLE SECOND.

OF GIFTS "INTER VIVOS" AND BY WILL.

PRELIMINARY OBSERVATIONS.

RAPPORT DE MM. LES COMMISSAIRES.

Les donations entrevifs ou par testament présentant, comme acte de libéralité, beaucoup de trait commun, sont traitées au code français sous un même titre, et les Commissaires ont suivi cet exemple. A la division en deux parties que le sujet présente dès l'origine, s'en ajoute une autre concernant les substitutions, qui quoique faites ordinairement par testament, peuvent l'être également par donations entrevifs.

Le travail des Commissaires. sur la matière se trouve présenter des différences fondamentales d'avec l'ancien droit de la France et du Bas-Canada. Une partie de ces différences est depuis longtemps en force de loi dans ce pays par suite de l'introduction de la liberté de tester de tous biens et en faveur de toutes personnes ; les autres, en tant qu'il s'agit aussi des testaments, résultent de l'interprétation donnée à ce changement par la jurisprudence, quoique les opinions aient été loin d'être uniformes, au sujet de la saisine du légataire. Les Commissaires ont présenté comme loi ancienne, la doctrine qui veut que cette saisine ait lieu de plein droit comme celle de l'héritier, et comme amendements, des conséquences qui paraissent inévitables pour assimiler le légataire à l'héritier quant au paiement des dettes et à la libération en rendant compte et remettant les biens, suivant ce qui a été appelé le bénéfice d'inventaire. En fait de donations, les changements que l'on vient d'annoncer ont été présentés comme loi nouvelle ; ils ne paraîtront pas cependant étranges, si l'on considère que les restrictions à la liberté de donner entrevifs qu'ils sont destinés à abolir, ne sont plus qu'une anomalie embarrassante, quoiqu'elles soient bien cir-

conscrites. Ces restrictions, opposées au principe qui régit les testaments. se rapportent d'ailleurs à un autre état de choses, et à un ordre d'idées sociales et légales que la législation tend sans cesse à réléguer dans l'histoire du passé. Les Commissaires ont voulu parler surtout de la réserve de la légitime en faveur des enfants, des peines des secondes noces, et de certaines incapacités personnelles présumées de la loi seule. Ils ont proposé d'assimiler presque en entier à ces divers égards la matière des donations à celle des testaments, en introduisant dans la première le principe de liberté qui régit la seconde.

Il est important de signaler que le Code canadien diffère aussi beaucoup du code français, qui a conservé, tant en fait de donations que de testaments, les réserves coutumières en faveur de la famille, à l'encontre de la liberté de disposer.

Les remarques qui précèdent laissent voir dans quel esprit la disposition des biens à titre gratuit a été envisagée dans son ensemble dans le présent Titre ; il va être maintenant passé aux détails.

CHAPITRE I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Le chapitre premier contient quelques dispositions applicables à tout le titre.

L'article 754 pose le principe qu'on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation faite entrevifs ou par testament. Il est dans le fait autant énonciatif que restrictif.

L'article 755 définit la donation entrevifs. il est dans les termes de l'ancien droit, et aussi dans ceux du code français en les étendant quelque peu.

L'article 756 définit le testament, et présente les mêmes caractères.

Par l'article 757 l'on rapporte au sujet certains actes de libéralité qui se rattachent à l'un et à l'autre de ces deux actes. La donation entrevifs est irrévocable lorsqu'elle est acceptée et dessaisit le donateur du droit à la propriété, quoique le terme de la délivrance de fait puisse être prorogé. Ce terme,

fût-il établi même comme étant celui du décès du donateur, ne constitue pas la donation à cause de mort telle que résultant du testament, ou de l'espèce particulière que traite cet article. Le testament qui est toujours révocable laisse le disposant propriétaire jusqu'à son décès et fixe seulement la transmission des biens autrement que la loi l'eût fait à sa mort. La donation à cause de mort faite entrevifs, tout en devenant irrévocable n'est destinée qu'à avoir les effets du testament, et c'est ce que dit l'article. Elle ne peut dans notre droit être faite que par contrat de mariage.

Un article projeté prononçait la nullité contre les donations à cause de mort qui ne seraient pas ainsi faites, ou comme don mutuel d'usufruit entre époux, et qui ne seraient pas non plus valides comme testament. Si la donation faite entrevifs doit être accompagnée de plus de formalités que les contrats à titre onéreux, ces formalités sont encore augmentées pour la validité des testaments. Dans l'article 758 adopté en amendement l'on a retranché ce qui concerne le don mutuel, forme d'acte qui est tombée en désuétude, et que l'on abolit ailleurs formellement en traitant de l'effet des conventions matrimoniales. Cet acte qui n'était d'ailleurs introduit que comme une modification de la prohibition des anciennes lois de s'avantager entre époux même par testament, est devenu inutile depuis que cette prohibition quant au testament n'existe plus.

L'article 759, pour prévenir le doute, déclare l'application aux donations entrevifs et testamentaires des règles générales sur la capacité des personnes pour contracter, acquérir ou aliéner, outre celles applicables à ces sortes d'actes en particulier.

L'article 760, maintient dans les donations entrevifs, comme elle existe quant aux contrats en général, la nullité de la disposition qui dépend d'une condition impossible ou prohibée, en même temps qu'il soustrait à cette règle la disposition par testament, d'où cette sorte de condition est seulement éliminée. Conforme à l'ancien droit, la solution adoptée par les Commissaires diffère du code français qui assimile sous ce

rapport les donations aux testaments, et non aux autres contrats où il y a une partie acceptante.

CHAPITRE II.

DES DONATIONS ENTREVIFS.

Avec le chapitre deuxième commencent les règles particulières aux donations entrevifs. Ce sujet et celui des testaments se trouvent entremêlés à plusieurs égards au code français dans l'arrangement en chapitres et en sections, ce qui devenait nécessaire par suite du maintien des réserves coutumières dans les uns comme dans les autres de ces actes, compliqué encore de distinctions pour le cas où le disposant laisse des enfants et pour celui où il ne laisse que des ascendants. La disparition de ces réserves dans nos lois, opérée presque en entier par la législation sur les testaments, et rendue complète autant que possible dans ce Code, vû la nécessité d'assimiler suivant un même principe et dans un même esprit les exceptions restées, a permis de subdiviser les deux grandes divisions de ce titre d'une manière naturelle, en commençant par la capacité des personnes pour donner et recevoir, traitant ensuite de la forme des actes, de leur preuve, de leur interprétation et de leur effet, et des causes particulières de nullité et de révocabilité.

SECTION I.

DE LA CAPACITÉ POUR DONNER ET RECEVOIR ENTREVIFS.

La section première du chapitre deuxième commence donc par la capacité des personnes en matière de donations entrevifs, (art. 761). Cette capacité forme la règle ; l'exception doit résulter de la loi.

L'article 762, expose l'une de ces exceptions, celle qui résulte de la maladie réputée mortelle du donateur. Conforme en principe à l'article 272 de la Coutume de Paris, cet article 9 suit dans sa rédaction l'interprétation rendue fixe par la jurisprudence.

L'article 763 traite de la capacité de ceux qui sont sous puissance d'autrui, et de ceux qui administrent pour autrui.

L'on a espéré que l'exposé sera trouvé conforme au droit ancien, qui restreint un peu plus la liberté de donner que celle de contracter en général. L'on a espéré également que ce qui est dit des corporations est en analogie avec les principes et avec les règles posées ailleurs.

Un article exposait les nullités appelées peines des secondes noces, suivant les deux chefs de l'édit. Ces peines n'étant plus en harmonie avec les lois ni les idées du temps, il a été proposé par l'article 764, de les abolir pour l'avenir, laissant en force la jurisprudence ancienne pour le règlement de la donation de part d'enfant lorsqu'elle aura lieu sous ces termes. Cette proposition a été adoptée.

La capacité de recevoir par donation est établie comme règle de même que celle de donner, (article 765).

L'article 766 n'est qu'une assimilation de la donation aux autres contrats, quant à la capacité d'acquérir que possèdent les corporations.

La prohibition aux mineurs et autres de donner à ceux sous la puissance desquels ils ont été, jusqu'à compte rendu, a été conservée comme salutaire ; les ascendants sont justement exceptés, mais pendant que la loi ancienne établissait une nouvelle peine des secondes noces en soumettant ces derniers à la nullité de la donation s'ils sont remariés, l'on a adopté par l'article 767 de faire disparaître cette rigueur.

Il y a un autre genre de peines que les Commissaires n'ont pas cru devoir faire disparaître également, malgré tout leur désir de demeurer dans la voie de la plus grande liberté. Il s'agit des donations entre concubinaires et aux enfants dont la naissance est viciée. L'assimilation, en donnant à ses égards la même latitude que dans les testaments, eût pu paraître immorale. Les Commissaires auraient été portés plutôt à rétablir du moins en partie les anciennes restrictions quant aux testaments, s'ils n'eussent préféré laisser dans toute sa généralité la loi qui avec la liberté absolue de tester a introduit un changement qui sert de base à tout le sujet des dons gratuits.

Ils en sont donc venus à la détermination d'adopter quant à chaque sorte d'actes une règle différente. L'on peut dire du moins en justification que le testament demeure facilement révocable, pendant que la donation acceptée ne l'est pas.

Toutefois en examinant les changements introduits par l'article 768, l'on verra qu'on s'est rapproché beaucoup du principe de liberté.

Par une application, qui après tout est logiquement exacte de la rigueur des principes, l'ancien droit proscrit les donations entre concubinaires à cause du mariage intervenu. L'on a cru plus conforme aux bonnes mœurs et à la faveur dont jouit le mariage, de permettre ces derniers actes, présupposant que par la volonté de rectifier leur position les parties ont assez fait pour pouvoir s'avantager par contrat de mariage.

Un article établissait par l'effet de la loi seule une prescription qui assimile presque à la classe de personnes dont il vient d'être traité, les ministres de la religion, les médecins et les avocats, à cause de l'influence qu'ils sont supposés exercer sur l'esprit d'un donateur. Cette présomption est pour le moins injurieuse. Abolie par la généralité de la loi des testaments, l'on peut dire correctement qu'elle est demeurée quant aux donations. La nécessité de l'abolir, comme par l'article 769, ne paraîtra pas douteuse, si l'on réfléchit que par là on ne donne aucun privilége à ces personnes, mais qu'on s'abstient seulement de les exclure de l'opération du droit commun.

Quant à la prohibition de s'avantager entre époux par acte entrevifs, on a cru sage de la conserver, quoique celle de la faire par testament ait disparu. La différence dans l'un et l'autre cas peut encore être ici justifiée par celle qui existe quant à la révocabilité. Le code français n'a aboli cette prohibilion (ce qu'il a fait au surplus en maintenant en partie les réserves coutumières) qu'en assimilant la révocabilité au cas des testaments, et avec d'autres précautions qui ont paru moins propres que l'ancienne règle à atteindre le but désiré.

Les articles 771, 772 et 773 contiennent diverses règles de droit non contestées. Il en est de même de l'article 774 ; mais l'interposition de personnes ne se présume pas d'une manière

absolue de la parenté ; les autres circonstances peuvent servir à faire disparaître la présomption.

Un article définissait la légitime des enfants, sorte de réserve coutumière, qui a lieu à cause des donations qu'elle fait réduire. C'est l'opinion commune que ce droit existait encore en ce pays pour le cas des donations entrevifs, quoiqu'il ne puisse plus s'exercer au préjudice des dispositions testamentaires. C'est lors du règlement de la succession que cet exercice peut avoir lieu, ce qui a été une circonstance péremptoire pour engager à rendre la loi uniforme par l'abolition entière de cette sorte de réserve. Aussi l'article en amendement, 775, suggère-t-il de le faire pour l'avenir. Cependant la légitime ayant formé dans notre droit un sujet à part et étendu, les articles de 23 à 29 du projet, tous deux inclusivement, avait été préparés et étaient soumis comme la loi ancienne pour exposer les principales règles de la légitime, pour le cas où la manière de voir des Commissaires n'aurait pas été adoptée. Nous les rapporterons ici : (1)

Les donations faites entre futurs époux par leurs contrats de mariage ne sont pas soumises à contribuer à la légitime, à moins qu'elles ne soient excessives.

Celles faites en un contrat de mariage, pour avoir effet entrevifs, soit par les parents soit par les étrangers, y sont assujetties.

Les donations à cause de mort, et celles qui ont été confirmées par testament en sont exemptées.

Ord. des Donations, art. 35.— *Contrà.* Pothier, *Don.* 515.— Guyot, *Légitime*, 242.—1 Lebrun. *Suc.* 300.

(*L'article ci-dessus a été omis, vu l'amendement adopté, article* 775).

L'enfant qui réclame la légitime doit rapporter à la masse de la succession, pour qu'il soit procédé à l'estimation et au partage, tout ce qu'il a reçu à titre gratuit par donation ou legs de celui dont il se porte héritier légitimaire. Ce rapport se fait en nature ou en moins prenant, et d'après les mêmes

(1) M. de Montigny, *Hist. Dt. Canadien*, p. 745.

règles que celles établies pour les rapports au titre *Des Successions.*

I Lebrun, *Suc.* 322 *et suiv.*— 2 Bourjon, 872.— Pothier, *Don.* 517.—Guyot, *Légitime*, 292 *et suiv.*

(*L'article ci-dessus a été omis, vu l'amendement adopté, article* 775).

La légitime se détermine en formant une masse des biens restés ou rapportés dans la succession et des donations qui sont de nature à y contribuer. L'estimation du tout se fait d'après les règles qui concernent les rapports telles qu'au titre *Des Successions.*

On calcule quelle serait la part héréditaire du légitimaire dans cette masse, et c'est à la moitié de cette part qu'il a droit, moins ce qu'il a reçu.

S'il se trouve dans la masse des biens qui puissent se partager, le légitimaire a, pour la part qu'il y peut prétendre, droit au partage en nature comme dans une succession ordinaire.

1 Lebrun, *Suc.* 290 *et suiv.*—1 Bourjon, 870.— Pothier, *Don.* 515-6.—Guyot, *Légitime*, 277.

(*L'article ci-dessus a été omis, vu l'amendement adopté, article* 775).

Pour former la légitime ou son supplément, le légitimaire prend d'abord jusqu'à concurrence d'une part héréditaire dans la succession, et ensuite il prend sur les donations sujettes à contribuer, en commençant par la dernière, et ainsi de suite successivement en remontant aux plus anciennes.

1 Lebrun, *Suc.* 310 *et suiv.*— 1 Bourjon, 878, 879.— *Ord. des Donations, art.* 34.—Pothier, *Don.* 517 *et suiv.*

(*L'article ci-dessus a été omis, vu l'amendement adopté, article* 775).

Les enfants renonçant à la succession pour s'en tenir à ce qu'ils ont reçu, ou en faveur d'un cohéritier en particulier, sont comptés dans le nombre pour établir la légitime. Celui qui renonce purement et simplement sans avoir rien reçu n'est pas compté.

1 Lebrun, *Suc.* 294-5.— 1 Bourjon, 871-2.— Pothier, *Don.* 515-6.—Guyot, *Légitime*, 222 *et suiv*

(*L'article ci-dessus a été omis, vu l'amendement adopté, article* 775).

Il y a lieu en matière de légitime à la garantie mutuelle comme en tout autre partage.

1 Lebrun, *Suc.* 341.—1 Bourjon, 881.— Guyot, *Légitime*, 326.

(*L'article ci-dessus a été omis, vu l'amendement adopté, article* 775).

Les tiers-acquéreurs des biens donnés demeurent soumis à contribuer à la légitime, s'ils n'ont acquis prescription, sauf leur recours. Ils peuvent cependant conserver les biens en nature en donnant caution suffisante.

1 Lebrun, *Suc.* 338 *et suiv.*—Guyot, *Légitime*, 328.

(*L'article ci-dessus a été omis, vu l'amendement adopté, article* 775).

SECTION II.

DE LA FORME DES DONATIONS ET DE LEUR ACCEPTATION.

L'article 776, est le premier qui traite de la forme des donations. Les actes doivent être faits en minute, devant notaires, sauf quant aux choses mobilières données avec tradition. L'exception est destinée à couvrir à la fois les actes faits devant témoins, d'après les lois d'enregistrement, et ceux reçus officiellement par certaines personnes dans le district de Gaspé, vu le manque de notaires. (1)

La tradition de la chose donnée, sans préjudice à la réserve d'usufruit ou de possession précaire, est de l'essence des donations par notre ancien droit. Mais avec la protection que la nécessité de l'enregistrement, même quant aux biens-meubles, assure aux héritiers et aux tiers, il ne parait pas nécessaire que cette tradition ait actuellement lieu. Dans le fait elle n'est que de style lorsqu'il y a réserve d'usufruit. L'essentiel est que le donateur se dessaisisse de son droit à la chose, d'après l'adage : " donner et retenir ne vaut." De même que dans la vente il faut une chose vendue, il faut dans la donation une chose véritablement donnée. Un changement est donc opérée

(1) Voyez 32 V., c. 40, qui valide certains actes de ce district, et y pourvoit aux clôtures d'inventaires. (M. DE MONTIGNY.)

par l'article 777 pour déclarer nécessaire ce dessaisissement qu'opère seul le consentement des parties. La règle est ainsi la même que celle du code français, tant pour la vente que pour la donation. Elle a déjà été suggérée par les Commissaires et adoptée quant à la vente.

Comme suite de ce changement, l'article 777 pose en sens inverse l'ancienne règle qui empêchait de demander aux héritiers la chose dont il n'y avait pas eu tradition actuelle du vivant du donateur. En effet, si le donataire devient propriétaire, il n'y a pas de raison pour l'empêcher de réclamer ce qui lui appartient.

Les dommages-intérêts pour refus de livrer la chose étant un résultat de la garantie, n'ont lieu que dans les cas où cette garantie existe.

Une grande division des donations entrevifs, considérées sous le point de vue légal, est celle qui les distingue en donation de biens présents et en donation de biens à venir. Dans la première, la chose donnée, comme les obligations qui résultent du don, peuvent être connues et établies avec certitude ; il n'en serait pas de même de la seconde. L'on a donc restreint aux seuls contrats de mariage ces dernières sortes de donations, comme faites à cause de mort.

La donation peut comprendre à la fois, dans ses termes, tant les biens présents que ceux à venir. La question a été fort controversée, de savoir si la nullité qui existe quant à ces derniers emportait la nullité aussi quant aux biens présents. L'on s'est fondé pour l'affirmative sur ce que la donation étant faite par une seule et même disposition, il ne devait pas être au pouvoir du donataire de la diviser. Mais la chose donnée différant absolument dans les deux cas, tant en elle-même que dans les conséquences que sa nature entraîne, l'on a adopté le principe de la divisibilité, conformément à la doctrine la plus suivie anciennement, mais contrairement à la disposition du code français. Tout ceci fait le sujet de l'article 778.

Rien n'empêche cependant la stipulation du droit de retour ou de conditions résolutoires, (article 779). Ces matières se règlent comme dans la vente.

En certains cas, la donation rend le donataire successeur à titre universel comme l'héritier ; dans d'autres il ne succède qu'à titre particulier, comme un acquéreur, sauf les règles particulières applicables. L'amendement 780 n'est que pour retrancher des exemples donnés en énumération les biens propres de succession dont il a été suggéré d'abolir la disposition au titre précédent.

La démission ou le partage de biens présents suit, d'après l'article 781, la nature des donations ordinaires, et le même acte suit quant aux biens à venir la nature des donations à cause de mort.

L'article 782 fait qu'exposer plus amplement l'axiome "donner et retenir ne vaut." L'article 783 le sanctionne par l'établissement d'une nullité.

Cependant l'infraction à la règle quant à quelque objet particulier n'emporte pas la nullité du surplus de l'acte. (783).

Par une disposition exceptionnelle l'on peut donner et retenir par contrat de mariage, la loi voulant que les futurs époux profitent de la donation si par l'événement la chose se trouve n'avoir pas été retenue. (783).

L'article 784 rattache les dettes présentes aux donations de biens présents et les dettes à venir par les donations à cause de mort. Les contrats de mariage sont encore exceptés de cette règle. Dans le système où elle n'est pas reconnue, les futurs époux doivent subir les conséquences de l'acceptation de ce qui peut être désavantageux comme de ce qui est favorable. D'ailleurs la faculté de renoncer finalement remet les choses dans les limites de l'autre axiome : " n'est héritier qui ne veut."

L'article 785 empêche qu'on ne viole au moyen de stipulations ou de dispositions dérégatoires celles des règles ci-dessus qui sont considérées comme essentielles dans l'espèce d'actes dont il s'agit.

L'énumération des choses données et non délivrées est requise par la loi ancienne.

L'article 786 en amendement fait disparaître cette nécessité.

La donation n'est parfaite qu'au moyen de l'acceptation que fait le donataire. C'est ce que dit l'article 787. Les articles

788, 789, 790, 791 exposent les règles qui concernent cette acceptation ; l'article 792 adopté en amendement, ne laisse le mineur et l'interdit restituables contre l'acceptation ou la répudiation en leur nom d'une donation, que dans les mêmes limites que celles suggérées pour l'acceptation des successions.

Les articles 793 et 794 présentent encore d'autres règles sur l'acceptation, nou sujettes à difficulté. La dernière est afin que l'héritier sache ce qu'il accepte, et est corroborée d'ailleurs par la nécessité de l'enregistrement du vivant du donateur, mais un même délai de quatre mois n'est pas accordé pour l'acceptation.

SECTION III.

DE L'EFFET DES DONATIONS.

Venant aux effets principaux des donations, l'article 795, en amendement, reconnait la saisine du donataire comme résultant du dessaisissement du donateur conformément aux règles respectives précédemment exposées.

Il n'y a pas de garantie par l'effet de la loi seule dans les donations, quoiqu'on puisse la stipuler. Cependant dans les cas non prévus, le donateur est obligé de rembourser le donataire qui a payé pour se libérer ; (art. 791).

Le donataire universel ou à titre universel est tenu des dettes existantes lors de la donation, en proportion de ce qu'il reçoit ; (art. 797).

L'article 798, établit cependant, également d'après la loi ancienne, que le donataire peut toujours se libérer en rendant compte et en abandonnant le don. Il faut pour cela que ce qui a été reçu soit suffisamment désigné dans l'acte ou dans un inventaire. La règle qui existe actuellement quant à la libération dans le cas des legs, est conforme à celle ici posée quant aux donations entrevifs. Pour mieux assimiler le légataire à l'héritier, l'on proposera au chapitre des testaments d'obliger le premier à ne pouvoir se libérer qu'en obtenant le bénéfice d'inventaire, afin que sa position soit connue et définie surtout vis-à-vis des créanciers. Il n'est pas cependant trouvé possible d'étendre aux donations la nécessité de cette

formalité qui paraîtrait injurieuse au donateur. Mais les créanciers antérieurs à la donation peuvent le faire révoquer si le donateur était auparavant ou était par cette donation devenu insolvable, ainsi qu'il est porté au dernier article de la section qui concerne l'effet de cette sorte d'acte.

Celui qui n'est tenu qu'hypothécairement peut se libérer comme tout autre détenteur.

Le donataire particulier n'est pas tenu des dettes, et est compris aussi dans cette faculté de se libérer de l'hypothèque ; (art. 799).

L'article 800, expose comment le donateur peut modifier l'obligation du donataire de payer les dettes, et établit l'application des règles concernant la délégation pour ce qui n'est payable que par suite de cette modification.

Lorsque le donateur excepte des choses particulières de la donation universelle ou à titre universel, celle-ci n'en conserve pas moins son caractère, quoiqu'elle se trouve réduite en valeur, (art. 801). La même règle sera plus tard répétée pour les legs. C'est au donataire à voir l'avantage qui lui est laissé.

L'on pense que ces divers articles seront suffisants quant au paiement des dettes ; au surplus les donations entrevifs autrement qu'à titre particulier sont peu usitées parmi nous.

L'article 802, réserve aux créanciers du donateur la séparation des patrimoines, commune aussi au cas de la succession et à celui du legs. Voici quelques observations sur les motifs qui ont fait consigner ici pour les donations entrevifs la règle qui a lieu en matière de successions. Elle pourrait à plusieurs paraître comme étant ici de droit nouveau ; l'on se borne à la donner comme réglant un point douteux. On a dit à l'encontre que le donataire peut toujours se libérer en rapportant, mais ce n'est pas l'intérêt du débiteur qu'a pour objet la séparation des patrimoines, et en outre le rapport des biens donnés n'est que facultatif. L'on dit aussi que le créancier peut recourir à la révocation au moyen de l'action paulienne ; mais pourquoi l'obliger à contester la donation même, lorsqu'il peut exercer un recours plus simple sur les biens en poursuivant pour la dette ? Et est-ce bien le cas propre de l'action paulienne, que

celui où l'obligation de payer la dette est inhérente ? Cette action n'est-elle pas plutôt destinée à protéger la créancier contre la donation à titre particulier ? Dans tous les cas, si cette dernière manière de voir n'était pas correcte, qui empêcherait l'accessoire de l'action pour la dette d'y rester attaché quand le recours optatif à l'action révocatoire n'est pas exercé ?

Enfin l'article 803, déjà commenté, se ropporte au droit du créancier de faire révoquer la donation lorsque le donateur reste insolvable. Une correction a été ajouté par les Commissaires dans le cas de Faillite.

La section suivante a rapport à l'enregistrement. Il remplace par statut l'ancien mode de l'insinuation au greffe.

SECTION IV.

DE L'ENREGISTREMENT DES DONATIONS.

Voyez ce que nous avons dit page 327.

Les articles 804, 805 et 806 renferment les premières données ; le défaut d'enregistrement peut être opposé par tous ceux qui y ont intérêt, même par les créanciers du donateur postérieurs à la donation. En effet, ils ont pu être trompés par la propriété apparemment restée à ce dernier.

L'article 808 et un article projeté contenaient les exceptions à l'obligation d'enregistrer. La donation en ligne directe par contrat de mariage n'y est sans doute soustraite que parce qu'on lui suppose une publicité suffisante ; quoiqu'il en soit, cette exception de l'ancien droit a été conservée. Les donations d'effets mobiliers à l'égard desquels il y a délivrance sont exemptées parce qu'alors, il n'y a pas également lieu à la fraude.

L'amendement 807, proposé que pour faire disparaître ce qui a rapport au don mutuel d'usufruit entre époux, a été adopté.

L'article 809 réfère au titre 18 de ce livre et règle les délais dans lesquels l'enregistrement doit avoir lieu, et règle le cas de rétroactivité s'il a lieu dans les quatre mois, laquelle rétroactivité n'a pas d'effet contre les tiers quant aux immeubles dans le ressort des lois générales sur l'enregistrement. Les

charges de la donation sont assimilées au prix de vente quant à cette rétroactivité, s'il a lieu dans les trente jours, ce qu'il n'était peut-être pas même nécessaire d'exposer.

L'article 810 contient trois règles du droit ancien. La première est une faveur accordée au donateur. Par la seconde qui est en harmonie avec plusieurs autres dispositions de la loi sur l'omission d'actes ou de formalités, on déclare ceux qui dépendent d'autrui non restituables, contre le défaut d'enregistrement, sauf leur recours. L'intérêt des tiers est ce que l'on doit avoir en ces cas principalement en vue ; ils seraient exposés à perdre au moyen de règles contraires ; d'après celles adoptées, le donataire, l'héritier ou légataire ne peuvent que manquer d'acquérir gratuitement.

La troisième règle qui se retrouve aussi en plusieurs endroits sous diverses formes, n'est qu'une conséquence du principe d'après lequel on ne peut exercer les actions lorsqu'on est soi-même garant ; *quem de evictione, etc.*

SECTION V.

DE LA RÉVOCATION DES DONATIONS.

Les principes de l'ancien droit relativement aux cas dans lesquels les donations quoiqu'acceptées sont sujettes à révocation, étaient exposés dans un article projeté. Le premier de ces cas est le non-accomplissement des obligations convenues. Cette cause résolutoire pouvant opérer au désavantage des tiers comme dans le cas de la vente, et étant même dans sa généralité trop rigoureuse pour le donataire, l'article 811, proposé en amendement ne la contient pas ; et même au contraire, l'article 816 adopté plus loin en amendement, ne déclare la donation révocable pour cette même cause que si la révocation est prévue et stipulée en l'acte, de même que dans la vente.

La seconde cause de révocabilité sous la loi actuelle, est la survenance d'enfants au donateur. Cette règle de la loi fondée apparemment sur une présomption de défaut de volonté, opérait encore plus désavantageusement contre les tiers acquéreurs, et elle ne pouvait être justifiée tout au plus que sur le

même principe que les réserves coutumières dont elle adoptait la rigueur. Aussi l'article 811 omet-il également cette cause : elle est en outre formellement mise de côté pour l'avenir par l'article en amendement 812.

La troisième cause de révocation, est l'ingratitude du donataire ; elle est maintenue par l'article 811 ; les articles 813, 814 et 815 exposent, tant par rapport aux parties qu'aux tiers, les règles qui concernent la révocation pour cause d'ingratitude. Il n'est pas suggéré pour ces cas d'innover à la loi ancienne.

Enfin, d'après l'ancien droit, comme d'après l'article 811, qui ne change rien quant à cette partie, les conditions résolutoires valides et les causes qui vicient les contrats en général, s'il n'y a exception, opèrent pour faire révoquer les donations.

L'ancien droit assimile les conditions résolutoires au même cas dans les autres contrats. Il est amendé, ainsi qu'expliqué ci-dessus, par l'article 816 ; mais la règle d'assimilation est conservée au dernier paragraphe comme il a été dit également.

SECTION VI.

DES DONATIONS PAR CONTRAT DE MARIAGE.

La section sixième et dernière de ce chapitre traite des donations par contrats de mariage, tant des donations à cause de mort qui peuvent y être faites, que de celles destinées à avoir effet entrevifs, à cause des règles particulières applicables quant à cette sorte d'actes, quoique d'ailleurs les règles ordinaires aient leur effet, ainsi qu'il est dit par l'article 817.

Le 818e qui a rapport aux deux sortes de donations, contient ceci de particulier quant à celle non à cause de mort, qu'elles peuvent aussi y être faites directement aux enfants à naître.

D'après l'article 819, les futurs époux peuvent aussi se faire entre eux l'une ou l'autre sorte de donations.

Par l'article 820, cette faculté de donner en un contrat de mariage, est étendue aux tiers donataires quant aux biens présents, parce que les époux, qui sont eux-mêmes avantagés, peuvent avoir intérêt au maintien des donations ainsi faites.

La loi ancienne, qu'exposent les diverses dispositions qui précèdent, ne va pas cependant jusqu'à autoriser les donations faites à caûse de mort à des tiers ; il serait dangereux, si ces sortes de donations devaient partager l'irrévocabilité attribuée aux conventions par contrat de mariage, de permettre à des étrangers insidieux d'accaparer ainsi irrévocablement les biens d'un donateur, toujours plus facilement disposé à dépouiller son héritier qu'à se dépouiller de suite lui-même. Si l'on excluait l'irrévocabilité, il n'y aurait plus de motifs de faire en un contrat de mariage une disposition qui y est étrangère et que l'on peut facilement faire par testament.

Cependant, la faveur des contrats de mariage fait valider le partage ou la disposition à cause de mort qui y sont faits par les ascendants des futurs époux ; c'est ce qu'exprime la seconde partie de ce même article.

Le 821e traite de l'acceptation, et le 822e rend les donations subordonnées au mariage.

L'article 823 traite de l'irrévocabilité. Elle est absolue quant aux biens présents, même en faveur des tiers, à cause de la même raison de l'intérêt présumé des futurs époux. Quant à la donation à cause de mort, elle est irrévocable en ce sens que le donateur ne peut aliéner à titre gratuit, mais il n'est pas dépouillé de sa liberté de jouir de ses biens et de même de les aliéner à titre onéreux. Les Commissaires ont pensé que l'article exposait correctement les limites dans lesquelles il conserve droit à ces biens.

L'article 824 est une exception aux règles ordinairement applicables qui empêchent de donner et de retenir en même temps. L'on a pensé qu'il convenait, toujours en faveur du mariage, de laisser aux époux l'avantage de la disposition pour le cas où le donateur n'exercerait pas son droit de reprendre à volonté la chose donnée.

L'article 825 contient une dérogation analogue aux règles ordinaires, quant à la stipulation du paiement par le donataire des dettes incertaines et à venir du donateur, même dans le cas de la donation de biens présents. Cette règle peut opérer défavorablement aux futurs époux ; mais c'est à eux à

peser les probabilités avant d'accepter. D'ailleurs ils peuvent, même après leur acceptation au contrat de mariage, se libérer en remettant les biens, d'après la règle ordinaire de l'article 798, quant aux biens présents, et quant à la donation à cause de mort, d'après celle de l'article 826 qui suit. Les époux, quoique ayant accepté au contrat de mariage, ne sont donc pas plus que tous autres forcés de devenir héritiers malgré eux.

Les diverses règles qui précèdent sont conformes au droit français, tant ancien que nouveau.

L'article 827, donne l'option au donataire, dans la donation cumulative des biens présents et de ceux à venir, faite par contrat de mariage, de s'en tenir, après le décès du donateur, aux biens donnés comme présents et de n'être tenu des dettes qu'en conséquence. Cette règle doit être regardée comme réglant un point contesté sous l'ancienne jurisprudence avant l'ordonnance des donations, l'acte et l'acceptation étant regardés comme indivisibles. Cependant, ils ne sont tels qu'en apparence et dans les termes, les deux donations étant absolument différentes dans leurs effets. Aussi l'ordonnance, comme le code français, ont-ils admis la divisibilité. Elle ne pouvait avoir lieu que moyennant la constatation des biens donnés comme présents au moyen d'un état de ses biens, et même le code français (arts. 1084 et 1085) soumet à cette nécessité la constatation des dettes existantes lors de l'acte, faute de quoi le donataire est obligé d'accepter ou de renoncer pour le tout. Cette constatation devait, sous l'un et l'autre droit, avoir lieu en France à l'époque de l'acte même. Mais comme il a été adopté par l'article 786, mentionné ci-dessus, de dispenser de la nécessité de cet état, l'on accorde la divisibilité au cas du présent article 827, sans exiger d'autre constatation que l'inventaire et sans préciser l'époque où il a dû être fait.

Le donataire peut renoncer pour le tout, (art. 828), ce qui n'admet pas de difficulté.

L'article 829, a un objet très-important. En matière de successions, la loi rappelle certaines personnes à succéder à la place d'autres personnes décédées. Ce droit, connu sous le nom de représentation, a été exposé et commenté en son lieu.

Fondée sur l'affection présumée du défunt qui n'a pas disposé de ses biens, il n'a pas été étendu jusqu'aux dispositions testamentaires, la même présomption n'existant pas, même en ligne directe, où le défunt a pu rappeler clairement les petits enfants et descendants au partage, et n'a pas jugé à propos de le faire. La représentation n'a donc pas lieu en matière de legs. Mais par une exception particulière, elle a lieu en faveur des enfants à naître dans les donations à cause de mort faites par contrat de mariage aux futurs époux. La loi tient que le donateur a eu en vue le mariage et la postérité qui en naîtra. Il s'agit au surplus, ici, d'un rappel par voie de représentation, et non de la création d'une substitution, l'époux donataire qui recueille n'étant pas chargé de remettre à ses enfants.

Cette règle n'a pas son application dans les legs ordinaires, parce que le testament, fait soit pendant le mariage des donataires, soit même en faveur des personnes qui seraient sur le point de se marier, ne doit pas être nécessairement présumé avoir eu en vue ce rappel.

L'article 830, dernier de ce chapitre, est destiné à rattacher ensemble, sous l'opération des règles qui précèdent, le sujet des donations à cause de mort faites par contrat de mariage, de quelques termes que le donateur se soit servi et quel que fût l'objet particulier qu'il avait en vue ; ainsi se trouve complété ce que l'on aurait pu dire de plus sur le sujet des institutions contractuelles.

CHAPITRE III.

DES TESTAMENTS.

SECTION I.

DE LA CAPACITÉ DE DONNER ET DE POUVOIR RECEVOIR PAR TESTAMENT.

Le chapitre troisième de ce titre est consacré aux testaments en particulier, et la section première commence, article 831, par poser le principe de la liberté absolue de tester, dans les termes du statut provincial de 1801, intervenu à la suite de la disposition sur le sujet dans l'acte impérial de 1774. Il a déjà

été question dans ces remarques du grand changement opéré dans les lois par cette législation (1). Les commissaires en présentant comme un point encore plus ou moins douteux l'opinion qui repousse la nécessité d'obtenir délivrance, ont cru qu'elle était plus en harmonie avec le principe nouveau qui régit la matière ; ils ont aussi tâché de rendre le sujet plus complet en mettant l'héritier et le légataire sur le même pied quant à leurs obligations envers les tiers, qui n'étaient pas également protégés dans l'un comme dans l'autre cas. Il faut avouer cependant qu'il y avait déjà, même dans l'ancien droit et avec l'existence de réserves coutumières, une tendance à ne pas considérer le successeur universel autrement que l'héritier. Le droit de représentation, maintenu dans le cas de l'héritier et non dans celui du légataire, doit rester comme l'une des différences peu nombreuses qu'il est à propos de maintenir, parce qu'il résulte d'une présomption d'intention seulement, et que le fait démontre qu'en matière de legs, l'intention dont il s'agit ne se rencontre pas. Il a déjà été question de ceci dans les précèdentes remarques.

L'article 832, touchant la capacité de la femme mariée, n'est qu'un renvoi à une règle précédemment exposée.

L'ancien droit étant tout le contraire d'une restriction, n'a pu être abolie par la nouvelle législation. Il s'y agit de la liberté de tester à vingt ans dans certaines limites rétrécies, et l'on croit que la faculté a même reçu une confirmation pratique des tribunaux à Montréal au sujet de la succession d'une demoiselle Durocher, quoiqu'il ait été impossible de le constater absolument.

La majorité légale étant autrefois à vingt-cinq ans seulement, il y avait raison de permettre la disposition par testament dans l'intervalle de vingt à vingt-cinq ans. Maintenant, la disparité ne vaut pas la peine d'être conservée pour une année ; l'on a adopté l'amendement 833 de s'en tenir à la règle générale pour l'avenir.

L'article 834 expose les règles du droit ancien quant à la capacité des mineurs et interdits. L'article 835 contient d'au-

(1) M. de Montigny, *Hist. Dt. Cn.*, p. 328.

tres règles de même force quant au temps où se considère la capacité de tester.

Par l'article 836, la capacité des corporations et main-mortes est maintenue dans les limites légales qui leur sont imposées.

Les incapables comme les mineurs, les interdits, les insensés, quoiqu'incapables de tester, peuvent cependant recevoir par testament ; (art. 837).

La capacité de recevoir se considère comme règle générale à l'époque du décès du testateur, comme étant celle où le testament prend son effet le plus ordinairement ; cependant si cet effet n'a lieu que postérieurement, c'est à cette dernière époque que la capacité est considérée. C'est ce que contient l'article 838 qui, quant à la personne avantagée, expose aussi la règle d'après laquelle il suffit qu'elle existe au temps où elle est appelée à recevoir, et qu'alors elle puisse être identifiée comme étant celle désignée par le testateur, quoiqu'elle ne fût pas nommée et même qu'elle n'existât pas lors du testament ni du décès du testateur. La faveur d'une existence suffisante est reconnue ici comme dans les donations entrevifs en faveur de l'enfant conçu qui naît ensuite viable.

Par l'article 839, il est déclaré que certaines présomptions légales qui existaient anciennement sans qu'il fût besoin de preuve de faits, contre la capacité de recevoir des ministres de la religion, des médecins et des gens de loi, ont disparu en matière de testaments, et en vertu de la latitude des termes du statut. L'on se rappelle qu'à l'article 769 ci-dessus l'on a recommandé d'abolir aussi cette présomption quant au donations entrevifs, dans la supposition qu'elle s'y rattachait encore.

L'on se rappelle également que par l'article 768, l'on a cependant maintenu à certains égards, quant aux donations entrevifs, et ce nonobstant le désir d'établir l'uniformité dans les deux sujets, certaines incapacités établies dans l'intérêt des bonnes mœurs quant aux concubinaires et aux enfants adultérins ou incestueux, tout en restreignant cette défaveur dans de plus justes bornes. Les lois des testaments ne distinguent pas ; il doit être admis que ces incapacités n'existent pas en matière de legs. Mr. le Commissaire Day, (et les autres Com-

missaires ne sont pas éloignés de son opinion), a pensé que si des restrictions eussent dû être maintenant posées à une loi dont le but a été de les faire disparaître toutes, le cas, sous examen, en eût présenté l'occasion. Mais après avoir adopté et appliqué partout le principe de liberté dans sa plus grande étendue, les Commissaires ont hésité à y déroger sur un point de détail.

SECTION II.

DE LA FORME DES TESTAMENTS.

Le forme des testaments, traitée dans la section seconde, offre une grande complication à cause de la coexistence des formes reconnues et admises dans l'un et l'autre droit, savoir celui de la France et celui de l'Angleterre. Les commissaires se flattent d'avoir, au moyen d'amendements peu nombreux, rapproché les éléments de ces formes de manière à présenter sur la matière un droit proprement canadien qui ne s'éloigne pas essentiellement de l'une ou de l'autre des origines. Voyez ce que nous avons dit page 328.

L'on n'a pas cru cependant devoir conserver deux formes distinctes de tester, savoir quant aux immeubles avec plus de formalité, et quant aux meubles au moyen d'un écrit quelconque ; c'est pourquoi l'on a suggéré pour tous les cas la nécessité d'une même forme.

Si ces diverses modifications ont été faites quant aux formes anglaises pour coordonner notre législation d'après une base aussi uniforme que possible, il a également été suggéré dans le même but des changements importants pour faciliter les testaments faits d'après la forme authentique, c'est-à-dire reçus par un officier public, reconnu à cet effet, accompagné de témoins, ou par deux de ces officiers publics. Les changements portent surtout sur la manière dont un testament peut être déclaré et reconnu par un testateur. Avec la latitude donnée par les formes anglaises, il eût été contradictoire de s'en tenir à la rigidité de la forme sacramentelle de *dicté et nommé*, telle qu'appliquée et interprétée. Les notaires ou le notaire et les témoins ne doivent pas être d'une moindre crédibilité que les

deux témoins requis par la forme anglaise, même avec la vérification préliminaire requise. En cette matière, l'abus d'après lequel un seul notaire reçoit les actes ne s'est heureusement pas introduit.

Ces remarques rendront compte du but et de l'esprit dans lesquels toute la section a été rédigée. On ajoutera au fur et mesure les nouvelles observations requises par les détails des articles.

Le premier (article 840), n'est qu'introductif, comme celui du Code français, assimilant toutefois le testament au codicile, et donnant un même effet aux dispositions de même nature, sans égard au nom que le testateur ou celui qui a rédigé l'acte ont donné à sa libéralité.

L'article 841, qui prohibe les testaments mutuels ou faits autrement par plusieurs en un même acte, présente un point quelque peu douteux dans l'ancien droit français; cependant, il est nécessaire quant au pays de coutume, que la prohibition présente la jurisprudence la mieux reconnue comme elle est aussi la plus rationnelle.

L'article 842 expose les trois formes suivant lesquelles on peut tester, la forme authentique, la forme olographe, et celle dérivée de la loi d'Angleterre.

Un article proposé commençait l'exposé des règles de la forme authentique. On avait conservé le terme d'*idoines* à la qualification des témoins instrumentaires, parce qu'outre les conditions qui les regardent spécialement, ils doivent avoir été capables de connaître ce qu'ils attestent.

L'amendement suggéré (94 *a*) ne différait qu'en ce qu'il admettait les aubains comme témoins compétents. Mr. le Commissaire Caron différait sur ce point, et pensait qu'on ne doit pas donner à ces personnes des attributions de la nature de celles des fonctionnaires publics de l'ordre légal, les deux autres Commissaires recommandant le changement comme une suite naturelle de l'abrogation par statuts provinciaux des incapacités en matière de droit civil qui pesaient sur les aubains. On observera que pareille suggestion est faite plus loin, là où il s'agit des témoins au testament suivant la forme an-

glaise. Mais la législature n'a pas adopté tout l'amendement qu'elle a remplacé par l'art. 843.

Un article 95 *bis* continuait d'exposer les règles concernant la forme des testaments authentiques, et la nécessité de mentionner l'accomplissement de ces formalités. Il est à remarquer que par la jurisprudence antérieure à l'ordonnance de 1735, qui doit être la nôtre en fait d'établissement de nullités, lorsque ni le texte de la coutume ni celui d'aucune autre loi ne les reconnait, il n'était pas de rigueur que l'un des notaires écrivit ni qu'il lût lui-même le testament. Cette ordonnance a requis l'une et l'autre de ces conditions ; le Code français ne contient que la première dans son texte, quoique la seconde ait aussi été regardée comme existant autrement. Les notaires en ce pays, à en juger par les mentions qu'ils font à la fin des testaments, ont été dans l'habitude de se conformer aux réquisitions de l'ordonnance dont le but est certainement utile et sage. Cependant ces formalités n'ont pu par là devenir exigibles à peine de nullité.

Les Commissaires dans leur correction avaient proposé un ajouté, mais la législature a retranché cet article projeté (95 *bis*) et l'a remplacé par l'art. 844.

En proposant l'amendement 95*a* à l'article 95 *bis*, les Commissaires n'ont pas non plus cependant recommandé que les formalités fussent impérieusement exigées pour l'avenir. Ils ont craint les dangers de briser, en le faisant, la pratique traditionnelle, surtout à cause de la nécessité de mentionner dans l'acte même sous peine de nullité l'accomplissement des formalités. L'amendement n'allait donc qu'à retrancher la nécessité de lire le testament deux fois, ainsi que l'a fait le code français, cette double lecture ne paraissant pas nécessaire et de fait n'ayant pas toujours lieu dans son entier. Si elle est faite, disaient-ils, ce qui abonde ne viciera pas.

Les articles additionnels 95*b* et 95*c* modifiaient la règle de dicté et nommé, en reconnaissant au testateur des moyens équivalents de faire connaître sa volonté, en rapprochement de ce qui a lieu dans le testament fait d'après les formes anglaises, pour les raisons et dans le sens déjà exposé plus haut.

Ces trois articles du projet marqués 95*a*, 95*b* et 95*c* avaient été proposés et remplacés dans les corrections par 95*d*, 95*e* et 95*f*, mais la législature ne les a pas adoptés.

Dans les corrections, un article traitait de l'incapacité des notaires et des témoins pour cause de parenté ou d'alliance avec le testateur ou entre eux. Ces règles, un peu compliquées, et d'une nature non entièrement définie, représentaient la loi ancienne autant qu'il a été possible de préciser un sujet, où les auteurs ont laissé entre eux plusieurs contradictions. La législature l'a remplacé par l'article 845, au lieu de l'amendement proposé par les Commissaires.

Un article, à part de ce qui concerne l'exécuteur testamentaire, exposait la règle qui veut qu'il y ait nullité absolue de l'acte à cause des legs faits aux notaires, à leurs parents, et aux témoins. Cette règle est trop rigoureuse, injuste envers les légataires, et va au-delà de l'abus qu'on a voulu prévenir. Cependant elle existait indubitablement. Un article en amendement 846, est destiné à la changer, en se bornant à déclarer ces sortes de legs nuls sans que le surplus de l'acte en soit affecté. Cette disposition se trouve dans le code civil du Canton de Vaud, qui parait avoir été rédigé avec bien du soin. Elle est en même temps la règle ancienne des testaments faits suivant la forme anglaise, ainsi qu'il est porté plus loin à l'article 853, la rigueur du droit ayant été aussi en Angleterre modifiée anciennement. Dans le changement de l'un ou l'autre droit requis pour l'uniformité, c'est donc l'ancienne loi du Bas-Canada qui est changée sur ce point.

Un article réglait que le testament authentique ne pouvait être dicté ni nommé par signes. L'article 847, adopté en amendement, tout en conservant cet énoncé, permet au sourd-muet et autres qui pouvant écrire ne peuvent cependant tester de vive voix, de le faire en une manière exceptionnelle. L'on n'a pas cru devoir pousser plus loin l'exemption des formalités ordinaires en faveur des personnes infirmes quand aux signes et à la forme authentique, mais du moins l'article 852, qui vient plus tard conserve à ceux qui ne peuvent écrire ni parler la faculté de tester suivant la forme anglaise, en manifestant

leur intention et en reconnaissant leur testament d'une manière qui quoiqu'exceptionnelle soit trouvée suffisante par les tribunaux. Cette disposition aiderait à faire leur testament surtout les sourds-muets qui ne savent pas écrire ou qui ne le peuvent pour le moment, mais qui ont la connaissance des signes conventionnels usités et devenus eux-mêmes une science ; mais la faculté peut être exercée par d'autres, et aussi au moyen de toute espèce de signes, toujours sujets à l'examen spécial des circonstances par les tribunaux.

Un article exposait comment les curés ou vicaires pouvaient recevoir des testaments. Cette disposition qui pouvait être utile dans les premiers temps du pays, n'a pas continué d'y être mise en pratique, et a cessé d'être nécessaire vu la facilité de trouver des notaires et des témoins. Elle exigeait en outre un plus grand nombre de témoins que dans les cas ordinaires, et ne constituant pas les ministres de la religion gardiens de l'acte, les astreignait au dépôt. L'on a supposé que tous seraient satisfaits du changement adopté par l'article 848 qui ne laisse les mêmes fonctions aux prêtres et curés, comme à d'autres personnes non notaires, que pour le district de Gaspé, d'après des lois particulières et sous certaines conditions. Voyez 32 V., c. 40.

L'article 849 qui expose la loi de l'empire britannique applicable aussi dans les colonies à l'égard des testaments des militaires et des marins, devait consigner ici cette loi qui fait exception aux règles ordinaires, en permettant dans les cas prévus le testament reçu devant certaines personnes et sans formes d'usage.

L'article 850 est le seul qui concerne le testament olographe quant à sa forme, et contient ce qu'il est nécessaire d'en dire.

Un article exposait les règles du testament suivant la forme anglaise telles qu'elles existaient en Angleterre en 1774, époque de l'introduction de cette forme dans le Bas-Canada. Telle était encore la loi avant le Code.

Mais par l'article proposé en amendement l'on adopte ces règles aux changements que la législation récente a introduits en Angleterre. Cette modification se trouvera plus en harmo-

nie avec les notions puisées dans la pratique et dans les livres par les personnes d'origine anglaise ; elle se rapproche en outre de notre droit. D'après le changement proposé, deux témoins suffiront au lieu de trois, mais il faudra qu'ils soient présents et signent en même temps, sans cependant qu'il soit plus qu'auparavant nécessaire que le testament signé du testateur ou pour lui l'ait été en leur présence, (1851). Voyez 27, 28 V., c. 42.

Le même article en amendement (851) contient aussi d'autres matières qui demandent des remarques.

Pour l'avenir, les règles qui concernent la capacité des témoins seront les mêmes que dans la forme authentique. Il s'ensuit qu'ils devront être majeurs, quoique auparavant ce n'était pas requis.

Une disposition spéciale exclut les femmes de servir comme témoins instrumentaires aux testaments suivant cette forme, quoiqu'elles le puissent en Angleterre. Deux des Commissaires ont pensé qu'il n'est pas nécessaire de leur conserver cette fonction, qu'il faudrait pour l'uniformité leur donner aussi par rapport au testament authentique. M. le Commissaire Day a cru au contraire qu'il n'est pas à propos de changer la règle anglaise, et qu'il vaudrait mieux l'étendre à tous les testaments.

Enfin, pour ne pas établir deux formes différentes pour les meubles et pour les immeubles, les règles générales de cette forme sont déclarées applicables dans l'un et l'autre cas ; ce qui est déjà plus haut mentionné. Remarquons que dans les corrections les Commissaires ont ajouté aux autorités citées le 27 et 28 V., ch. 42.

L'article 852 a déjà été expliqué.

L'article 853 déjà commencé aussi, regarde les legs faits aux témoins et à leurs parents ; la loi anglaise est ici conforme à l'amendement suggéré plus haut quant aux testaments authentiques.

La capacité de l'exécuteur testamentaire de servir comme témoin, est la même dans chaque système de lois, ce qui est aussi consigné dans cet article.

L'article 854 contient d'autres règles de détail qui sont communes au testament fait suivant la forme anglaise et au testament olographe.

L'article 855 déclare la nullité dans tous les cas d'inobservation des formes requises. Cette disposition se trouve aussi au Code français. Elle permet d'omettre dans les articles particuliers la forme prohibitive ou la déclaration spéciale d'une nullité. L'on espère qu'aucune règle dans cette section ne sera trouvée simplement indicative. Le cas d'exception à cet article 855 est cependant prévu. Il y aurait par exemple une telle exception à l'égard du dépôt requis de ceux qui remplacent les notaires dans des cas particuliers.

Le dernier alinéa de ce même article 855 pourrait se trouver avoir son application de diverses manières entre les trois espèces de testaments, et est conforme à la loi ancienne.

SECTION III.

DE LA VÉRIFICATION ET DE LA PREUVE DES TESTAMENTS.

La section troisième traite de la preuve des testaments, et aussi de la vérification préliminaire qui se fait devant le juge ou les protonotaires de ceux qui ne sont pas faits en la forme authentique.

Voyez ce que nous avons dit p. 330.

L'article 856 a pour effet d'y soustraire les testaments authentiques.

L'article 857 expose dans ses traits principaux la manière dont la vérification a lieu, d'après la pratique, et avec renvoi aux autorités tant anglaises que françaises. Le testament mystique n'ayant pas lieu parmi nous, le notaire chez qui le testament a été déposé ne peut au moyen de l'acte de dépôt suppléer la vérification, mais ce dépôt par le testateur est une présomption grave.

Un article en amendement n'ayant pour but que d'abolir la vérification devant les protonotaires des cours, n'a pas été admis.

L'article 858 continue de s'occuper du mode de vérification; le même article et le 859e en exposent les effets pour faire

regarder le testament comme authentique jusqu'à ce qu'il en soit décidé autrement sur contestation devant le tribunal.

L'article 860 ne s'occupe pas de la vérification, mais de la preuve finale même du testament perdu, détruit ou recélé ; il est conforme aux autorités des deux origines, et aussi à ce qui a été adopté quant aux actes en général au titre des obligations. La distinction entre le cas où le testateur a connu la perte de l'acte et celui où il ne l'a pas connue, forme le caractère particulier de la présente disposition.

Cependant l'article 861 va plus loin, en permettant aussi, mais avec une plus grande exigeance quant à la preuve des faits, la vérification faite *ex parte* d'un testament qui ne peut être représenté. Cette règle est appuyée sur les autorités du droit anglais, et comme la matière de la vérification des testaments a reçu son application entièrement suivant les notions anglaises, on a cru devoir adopter la présente disposition en la présentant comme loi en force.

L'article 862 admet la suffisance d'un seul témoin pour la vérification et même pour la preuve absolue d'un testament, si le tribunal ou le juge sont satisfaits ; ce qui est encore conforme aux autorités anglaises, et aussi à notre législation provinciale récente sur la preuve en général.

SECTION IV.

DES LEGS.

La section quatrième traite des legs, c'est-à-dire de la nature et de l'effet des successions testamentaires, par contradistinction avec celles restées *ab intestat* pour le tout ou pour partie. Les règles exposées aux articles 863 à 877, sont celles bien connues de notre ancien droit, qu'il n'est pas nécessaire de commenter. Remarquons que l'article 871 a été adopté par la législature d'après les suggestions des Commissaires dans les corrections. Un article projeté exposait le droit du légataire de se libérer en tout temps en rendant le legs. L'on n'a pas cru que cette faculté eut été abolie par les nouvelles lois sur les testaments. Mais l'on a adopté l'amendement 878 pour obliger le légataire tout comme l'héritier, à se mettre dès

avant son acceptation dans la position du successeur bénéficiaire, s'il veut être admis plus tard à se libérer des dettes et charges.

L'article 869, qui se trouve en son rang parmi les précédents, expose en abrégé la loi sur les legs pour des objets pieux, de charité, ou de bienfaisance ; elle n'a pas été changée par la nouvelle législation sur les testaments, qui au contraire était de nature à l'étendre.

Il est à remarquer que dans certains cas, des dispositions de cette nature bien que tout-à-fait permises, pourraient se trouver sans effet, parce que d'après les technicalités du testament, il ne se trouverait personne d'habile à exercer le droit. Il en est de même de beaucoup d'autres intérêts légitimes qui apparaissent et qui cependant ne sont et ne peuvent être protégés d'après notre pratique judiciaire, par exemple, dans le cas de non-nés, de mineurs, d'absents. Sous l'ancien droit, de hauts fonctionnaires de l'ordre judiciaire représentaient devant les tribunaux ceux qui ne pouvaient y agir autrement ; en ce pays, ce fonctionnaire était appelé le procureur du roi. Sans vouloir que les cours prennent d'elles-mêmes l'initiative pour l'exercice des droits particuliers, sans requérir d'avantage dans toutes les causes comme autrefois l'intervention et les conclusions du ministère public, il serait peut-être important de rétablir à cet effet à certains égards, les fonctions de l'ancien procureur du roi, soit en commettant des devoirs de survenance et d'action à une personne préposée exprès, ou aux officiers en loi qui ordinairement représentent la Couronne, soit même en outre en chargeant les tribunaux d'ordonner que communication de la cause leur soit faite lorsque la justice le requerra. Sous les lois anglaises, la cour de chancellerie et ses membres exercent de tels pouvoirs protecteurs. Les Commissaires ne se sont pas crus autorisés à recommander dans le code le rétablissement d'une organisation qui tient de si près à l'ordre public, mais ils ont signalé le sujet à l'attention des autorités compétentes. Les dispositions adoptées pourraient ensuite être intercalées dans le code de procédure.

L'article 879 déclare en faveur du créancier de la succession

le droit à la séparation des biens qui en dépendent d'avec ceux du légataire tenu de la dette. On n'a pu le présenter comme contenant une règle nouvelle, surtout avec l'assimilation du légataire à l'héritier. Et voyez ce qui a été dit sur l'art. 802.

L'article 880 continue les règles des legs ; l'hypothèque gé nérale n'en résulte pas, vû la prohibition continue à toutes fins dans nos lois d'enregistrement.

Un article concernait le legs de la chose d'autrui. Notre droit, qu'il exposait, faisait une exception à la nullité : 1o. Si le testateur connaissait le droit d'autrui ; 2o. Si la chose appartenait à l'héritier ou au légataire principal obligé de la donner. Ces exceptions nous viennent du droit romain où la brièveté usitée dans les dispositions testamentaires était suppléé par un grand nombre de présomptions et d'extensions par l'effet de la loi. Parmi nous, où il est d'usage que ceux qui rédigent les testaments et les actes en général emploient la phraséologie usitée dans le langage commun, ces présomptions doivent être nécessairement plus restreintes ; aussi dans le cours de leur travail les Commissaires ont-ils tâché de n'admettre que celles qui sont fondées sur l'expérience des faits quant à une intention supposée. Dans le cas présent, cette expérience ne leur a pas paru en faveur de l'article ; c'est pourquoi par l'amendement adopté 881, les deux points sont, conformément à l'article 1021 du code français, laissés sous l'effet de la règle générale, à moins d'une indication de volonté contraire par le testateur. Un amendement est également adopté ici par 882 dans le sens de l'art. 881.

Un article contenait une règle où la présomption d'intention est plus facilement admissible que dans les cas discutés plus haut ; mais tout en admettant cette présomption, la loi en force maintient la validité du legs lorsque l'aliénation qui a suivi le testament n'a pas été volontaire. Cette loi se trouve représentée plus au long sur ce dernier point dans l'article 149 du projet qui vient plus loin et qui n'a pas été adopté. Comme il a été trouvé convenable d'amender ce dernier article par 897, pour étendre la nullité du legs aux autres cas d'aliénation, il a fallu également ici établir la même règle, et

c'est ce qui a été fait en substance par l'article 883, adopté comme amendement.

Par l'article 884, le legs qui comprend une universalité d'actif et de passif est chargé des dettes de cette universalité.

Les articles 885, 886, 887 et 888, contiennent d'autres règles des legs conformes à notre droit : le dernier a été rédigé d'une manière aussi précise qu'il a été possible, pour des cas où l'on n'a pu être sûr que la présomption de la loi coinciderait aussi généralement qu'ailleurs avec l'intention du testateur.

L'article 889, adopté en amendement, est absolument corrélatif aux articles 881 ; ce qui est dit plus haut de ce dernier s'applique ici également. Il ne parait pas davantage qu'il y ait lieu à présumer que le testateur a voulu, dans le cas prévu en premier lieu, libérer le légataire particulier au préjudice de l'héritier ou du légataire universel.

L'article 890, est une règle adoptée dans le droit ancien comme par le code français.

Enfin l'article 891, déjà commenté plus haut, attribue la saisine au légataire sans qu'il soit besoin d'obtenir délivrance. Cette règle, comme on l'a dit, ne peut être offerte que comme réglant un point douteux. Les Commissaires l'ont présentée cependant comme loi ancienne ; ils ont en leur faveur la décision récente de la cour d'Appel dans la cause de Blanchet contre Blanchet, quoique là même, des membres du tribunal aient différé. Sans entrer dans la discussion des graves raisons qui ont été données de part et d'autre, les Commissaires ont adopté l'une des opinions comme ne représentant pas plus d'inconvénients, et comme pouvant s'inférer des termes comme de l'esprit du statut de 1801. Ils ajouteront seulement qu'ils n'ont pu trouver aucun nouveau système, soit au moyen d'enregistrements obligatoires ou autrement, d'après lequel les droits respectifs de chacun aux biens d'un défunt, puissent être établis et connus de tous dans un court délai après son décès.

L'on ne voit pas de raison suffisante pour que le légataire particulier n'ait pas la saisine comme le légataire universel. Les distinctions établies au code français à cet égard entre le

légataire universel d'un côté, et de l'autre le légataire à titre universel seulement, et aussi le légataire particulier, ont paru de nature à compliquer le sujet.

SECTION V

DE LA RÉVOCATION DES TESTAMENTS ET LEGS.

La section qui suit traite de la révocation et de la caducité des testaments et des legs.

Le premier article, marqué en ordre 892, expose généralement comment la révocation par le testateur peut avoir lieu. L'on a conservé l'effet révocatoire d'un acte notarié ou simplement par écrit, quoique non revêtu des formes du testament : le code français se borne à l'acte devant notaires. Pour ce qui est de la destruction ou lacération de l'acte, la doctrine fera connaître dans quels cas elle est censée avoir eu lieu.

Un article exposait les causes de révocation qui tiennent à l'indignité du légataire ; l'article en amendement 893, expose les cas d'indignité avec renvoi aux successions : la condition résolutoire a aussi son effet sous l'un comme sous l'autre article. La déclaration que la survenance d'enfants n'opère pas la révocation ne peut être regardée comme un amendement sous l'empire des lois en force.

La révocation présumée de l'inimitié offrait quelque chose de trop vague et de trop défavorable : c'est encore là une des présomptions qu'il était bon de faire disparaître, ce qu'opère l'article amendé.

Les articles 894, 895 et 896 exposent ce qui a rapport à la révocation lorsqu'il y a plus d'un testament. Remarquons que les Commissaires dans les corrections ont ajouté à l'article 895, que la révocation, contenue dans un testament nul par défaut de forme, est nulle, comme réglant un point douteux.

Un article projeté (149) exposait la règle d'après laquelle l'aliénation volontaire par le testateur de la chose léguée, excepté celle avec faculté de rachat, emporte révocation quant à cette chose, même si l'aliénation se trouve nulle et même si la chose est rentrée depuis dans la main du testateur ; tandis que l'aliénation forcée et même celle faite volontairement, en

cas d'urgence, ne comporte la même présomption qu'à l'aide d'autres indices. C'était le résumé du droit ancien ; mais ici encore les Commissaires ont cru devoir adopter la règle simplifiée du code français, d'après laquelle toute aliénation, même nulle, emporte révocation, et même quoique la chose soit rentrée depuis dans la main du testateur. Ce sera à ce dernier, si la chose se trouve aliénée forcément après son testament fait, à déclarer son intention d'une manière suffisante. L'article 897 est donc proposé en amendement dans ce sens. Bien entendu que dans tous les cas, les présomptions cèdent devant l'indication d'intention du testateur.

Un changement qui paraît essentiel a cependant été fait à la rédaction de cet amendement. La révocation ne peut être présumée dans le cas de l'aliénation nulle qu'autant qu'elle a été volontaire. Car pour opérer cette révocation, il faut l'existence au moins de l'un des deux éléments sur lesquels la présomption est basée, savoir l'intention d'aliéner quand même l'aliénation aurait été sans effet, ou l'aliénation même qui fait sortir la chose des mains du testateur, quoique contre sa volonté. Il n'y a ni l'un ni l'autre de ces éléments dans l'aliénation forcée qui se trouve nulle, et la chose restant dans la succession du testateur sans qu'il n'ait jamais voulu l'aliéner, il est juste que la présomption soit en faveur du legs.

L'article 898 maintient la faculté de tester ou de disposer à cause de mort, ou de révoquer un testament, à l'encontre de toutes renonciations au contraire, si ce n'est quant à la donation par contrat de mariage faite à cause de mort. L'insertion de clauses dérogatoires ne préjudicie pas à cette règle ; c'est là du moins l'opinion la mieux adoptée en France, même dans les derniers temps qui y ont précédé l'ordonnance des testaments. Celle contraire ne pouvait être fondée que sur la supposition que le premier testament devait être regardé comme favorable, pendant qu'il peut également être entaché de violence, de fraude ou de suggestion.

Un article projeté concernait l'exhérédation qui pouvait avoir lieu sous les anciennes lois pour des causes déterminées ; elle avait l'effet de priver l'exhérédé non seulement de

la succession disponible, mais des réserves légales quant aux propres et à la légitime. Les Commissaires ont cru que cet acte, étant en dehors de ce qui concerne la liberté de tester, est demeuré possible jusqu'à alors. Mais son inutilité sous nos lois actuelles l'a fait tomber en désuétude. L'amendement 809 est donc adopté pour ramener le sujet dans celui des testaments.

SECTION VI.

DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES.

La section sixième et dernière du chapitre, qui est assez étendue, traite des exécuteurs testamentaires. Elle serait un peu abrégée si elle se bornait à la pratique d'avant la législation de 1774 et de 1801.

Un article projeté déclarait que les tribunaux et les juges ne peuvent nommer des exécuteurs testamentaires, et nos cours ont de fait refusé de le faire, le testament ne pouvant être pour elles attributif d'un nouveau genre de pouvoirs. Cependant les Commissaires ont cru qu'il sera mieux à l'avenir de permettre cette nomination en certains cas, lorsqu'il est évident que le testateur a voulu que l'exécution du testament fut commencée et continuée par d'autres que le légataire ou l'héritier, ou par eux en une qualité différente. Ces cas sont exposés au dernier article de la section : l'article proposé en amendement, 905, se borne à y référer, laissant l'exécution du testament, dans tous les cas, à ceux qui recueillent la succession. Les tribunaux et les juges tiendront ainsi de la loi et non du testateur les pouvoirs qu'ils exercent.

L'article 911, qui est un amendement à l ancien droit, adoucit la règle en soumettant le cas au tribunal ou au juge, l'extension des devoirs et de la durée de la charge pouvant nécessiter souvent que l'exécuteur testamentaire, quoiqu'ayant accepté, puisse être admis à renoncer.

Une disposition, qui était suivant les autorités tant françaises qu'anglaises, a été remplacée par l'article 913, pour l'amender en divers points. En France, les exécuteurs testamentaires pouvaient agir sans attendre celui d'entre eux qui

étaient à l'étranger. L'on a cru que le sens de la disposition devait plutôt se rapporter à celui qui n'était pas sur les lieux.

Les articles 914, 915, 916, sont conformes au droit ancien. Le 917e, l'est aussi, quoiqu'il y ait eu des doutes.

L'article 918, explique l'étendue et la nature de la saisine de l'exécuteur lorsqu'elle procède de la loi seulement.

Par l'article 919, ses pouvoirs et ses devoirs sont davantage expliqués, tandis que le 920e, déclare la charge seulement personnelle. Quant à l'art. 919 observons que ses alinéas 5 et 8 règlent des points sur lesquels il y avait divergence entre les lois anglaises et françaises et aussi dans la pratique.

L'article 921, a rapport à la prolongation de la durée de la charge et à l'extension des pouvoirs par le testament. Cette faculté, quoique contestée sous l'ancien droit, peut cependant être considérée comme y ayant été permise. Mais depuis l'introduction de la nouvelle législation, surtout ainsi qu'il a été dit, d'après la pratique, le doute a disparu.

Ici s'élève la question de la perpétuité dans les dispositions de la nature des fidéicommis. L'on peut douter si l'acte de 1774 et celui de 1801 ont eu pour effet de l'autoriser. Sans prétendre juger du mérite de ce doute, les Commissaires ont cru devoir adopter la solution affirmative pour l'avenir, mais la présenter comme loi en force. Leurs motifs se trouvent aux remarques faites ci-après sur les substitutions.

Toutes les tutelles étant datives parmi nous, l'article 922, a dû déclarer qu'un testateur ne pouvait à son gré contrevenir à cette règle ; mais de ce qu'il l'aurait fait, il ne s'ensuit pas qu'on dût mettre au néant les pouvoirs qu'il a donnés sous une fausse désignation. Le dernier alinéa n'est qu'explicatif de cas prévus. L'article dans son ensemble, quoique pouvant être présenté comme loi ancienne, l'est aussi en même temps comme un essai de conciliation entre les deux droits, dans un sens favorable aux dispositions testamentaires.

L'article 923, est présenté comme loi ancienne, d'après l'ensemble d'idées exposé à l'article 921.

Mais, vu le fait que dans plusieurs testaments, il est référé à justice pour la nomination ou le remplacement des exécu-

teurs, et vu que souvent, à cause d'omission d'élire ou d'autres circonstances, il ne se trouve plus d'exécuteurs quoique l'intention du testateur fût que la charge fût continuée, cet article 923, aurait été imparfait si l'on n'eût suggéré en même temps comme addition l'article 924, déjà commenté, pour donner juridiction sur cette matière à l'autorité judiciaire. La charge d'exécuteur testamentaire différant de celle des tuteurs et autres semblables officiers de justice, l'on n'a pas ici introduit la formalité d'une assemblée de parents, ni la prestation d'un serment par l'exécuteur qui accepte sur cette sorte de nomination.

CHAPITRE IV.

DES SUBSTITUTIONS.

SECTION I.

NATURE ET FORME DES SUBSTITUTIONS.

Le chapitre quatrième de ce titre a rapport aux substitutions. On y a suivi le même ordre que dans les deux précédents.

Les articles 925 et 926 exposent les deux sortes de substitutions que notre droit a conservées, et font voir comment elles se rattachent l'une à l'autre. L'article 927 explique les termes sous lesquels sont désignées les parties intéressées à cette sorte de disposition. L'article 928 fait voir que l'intention du disposant, bien plus que le sens ordinaire des termes employés, montre s'il y a ou non substitution.

L'article 921 continue le sujet d'une manière en rapport avec ce qui a été réglé quant aux donations entrevifs et aux testaments respectivement.

Un article projeté concernait la révocabilité et l'acceptation entrevifs ; mais comme les auteurs paraissaient faire quelque différence quant à l'acceptation entrevifs postérieure à l'acte, entre la donation ordinaire et les substitutions, l'article 930 est adopté en amendement pour soumettre à une même règle des sujets qui ne doivent pas différer.

Dans l'article 931, il est traité de la substitution des meubles et des cas d'emploi des deniers qui en résultent.

L'article 932 décide affirmativement, ainsi qu'il a été annoncé plus haut, la question de la substitution perpétuelle. Des doutes ont pu exister, mais ils paraissaient diminuer progressivement. L'origine tout-à-fait anglaise de la liberté absolue de tester, et l'existence, en Angleterre, de la faculté de substituer à perpétuité, ont porté les Commissaires à penser, quoique non aussi sans quelque doute, et sans prétendre préjuger les questions se rapportant au passé, que la limitation à trois degrés qui recueillent, établie par les anciennes ordonnances, se trouvait abolie. Si la disposition en faveur de personnes non-nées ni conçues n'eût pas déjà été admise anciennement, on pourrait douter davantage, mais la prohibition n'ayant porté que sur le nombre de degrés, l'on peut dire qu'elle avait disparu tout comme les incapacités que les nouvelles loi ont fait disparaître. Quoiqu'il en soit, les Commissaires étaient tenus d'opter quant à l'avenir.

Le nouveau droit français ne nous présente ici rien d'analogue. Les substitutions, dont le code français évite le nom par égard pour les idées du temps, y sont cependant admises, mais avec de grandes restrictions, quant à l'étendue des biens, aux personnes ainsi gratifiées, et à la durée. L'on a mis à profit en ce travail ce qui pouvait être applicable.

Les Commissaires n'ont pas manqué d'apercevoir que la volonté absolue de tester, interprétée dans le sens le plus étendu, pouvait tendre à la mise hors du commerce et à l'accaparement des propriétés foncières, tendance diamétralement opposée à celle de nos lois. En effet, si, quant aux corporations et main-mortes, la limite fixée à leur capacité d'acquérir présente dans la plupart des cas un remède au mal appréhendé, il n'en est pas de même des substitutions faites dans la famille, ou des dispositions perpétuelles dans un but charitable ou pour d'autres fins permises. Dans tous ces cas, l'on pourrait peut-être appliquer les revenus à l'achat de propriétés foncières à perpétuité ou pour un très-long terme pour les fins du testament. Cependant les Commissaires n'ont pas voulu dire que

des dispositions à cette fin pour un temps limité ne puissent être avantageuses. C'est là encore un des cas où ils n'ont pas voulu suggérer des changements qui tiennent à l'ordre public, mais ils ont recommandé qu'on s'occupât de préciser l'étendue dans laquelle cette accumulation des propriétés foncières pourra être permise au moyen de l'emploi des revenus.

La législature a amendé cet article en limitant la substitution à deux degrés outre l'institué.

L'article 933, conformément au droit romain, au droit français et au droit anglais, assimile les substitutions aux legs, sauf ce qui concerne les circonstances qui se rapportent à l'acte même, et en particulier l'acceptation et la prise de possession par le premier grevé dans les donations entrevifs où les substitutions sont plus ou moins un hors-d'œuvre.

Par l'article 934, il suffit que l'héritier ne soit pas dépouillé de la chose qu'on lui laisse, pour qu'elle puisse être substituée.

L'article 935 prohibe la substitution après coup, sauf le cas d'une nouvelle libéralité acceptée avec une stipulation à l'effet de la permettre.

Les articles 936 et 937 contiennent des règles en harmonie avec la matière, et qu'il n'y a pas lieu à changer.

Voyez 32 V., c. 40 pour valider certains actes du district de Gaspé. (DE MONTIGNY).

SECTION II.

DE L'ENREGISTREMENT DES SUBSTITUTIONS.

L'enregistrement de toutes substitutions est requis indépendamment de ce qui concerne les immeubles d'après les lois spéciales à cet égard. Cette formalité est exigée surtout dans l'intérêt des tiers, qui pourraient être trompés en contractant, parce que le grevé qui possède ostensiblement comme propriétaire ne peut cependant pas aliéner. La tradition réelle au grevé ne peut être ici, comme entre le donataire dans les donations entrevifs ordinaires, un moyen de protection.

Il fallait opter entre l'effet à procurer aux dispositions qui substituent, et cette protection à accorder au tiers de bonne

foi qui ne les a pas connues. L'enregistrement étant déclaré le mode légal de publicité et la règle de la connaissance que les tiers sont présumés avoir des actes sujets à cette formalité, l'option a été faite en faveur des tiers qui sont exposés à perdre, plutôt qu'en faveur des appelés qui manqueraient seulement de faire un gain. C'est pourquoi le défaut d'enregistrement opère contre les appelés, même en incapables ou non-nés, sauf leur recours.

Ces règles de notre droit sont reproduites par l'article 938.

L'article 939 est une répétition de ce qui a déjà été dit aux donations.

Par celui marqué 940, le substituant ni le grevé ne peuvent se prévaloir du défaut d'enregistrement. Quant au premier, on peut appliquer ici la règle que " donner et retenir ne vaut," et quant au second celle que " personne ne doit profiter de sa propre faute." Le grevé d'ailleurs est sujet à des pertes s'il n'enregistre pas. Il y a donc lieu de croire que l'enregistrement aura lieu et qu'ainsi l'appelé sera suffisamment protégé. Par ce même article, 840, les tiers de bonne foi qui ont acquis des droits à titre particulier, peuvent cependant dans tous les cas invoquer le défaut d'enregistrement contre l'appelé : ce qui n'est que l'explication pratique de la dernière partie de l'article 938.

Il est à remarquer que nos lois d'enregistrement, qui paraissent avoir été basées à cet égard sur une connaissance approfondie du sujet qu'elles régissent comme de la nature même des testaments, ne requièrent pas absolument l'enregistrement des dispositions testamentaires non affectées de substitution, parce que l'on ne rencontre pas dans les legs en pleine propriété les mêmes causes d'erreurs résultant d'une possession précaire ou résoluble, que dans les donations entrevifs et les substitutions. Mais les tiers sont protégés et leurs droits quant aux immeubles réglés respectivement, par suite de l'existence ou défaut de l'enregistrement, comme dans les cas ordinaires.

L'insinuation au greffe a été remplacée par l'enregistrement, ce que porte l'article **941** qui établit aussi, tant d'après

nos statuts que pour le surplus d'après notre ancien droit, le mode, les délais et le lieu de cet enregistrement, avec mention des cas où il opère avec rétroactivité. Ce dernier effet a été considérablement étendu par les lois d'enregistrement, quant aux successions des personnes décédées hors du Canada, et quant au cas de recélé du testament. L'on a dû mentionner ici que ceux des testaments qui portent substitution participent à ce même effet. D'un côté, cet avantage est destiné à protéger les tiers dans les cas spécifiés, de l'autre il peut opérer au préjudice d'autres tiers. Les Commissaires n'ont pas cru devoir proposer ici d'innovation aux lois existantes.

L'article 942 concerne l'obligation de faire enregistrer les actes portant substitution, et l'article 943 y assimile les actes d'emploi de deniers, le tout conformément à la loi ancienne.

SECTION III.

DE LA SUBSTITUTION AVANT L'OUVERTURE.

Le grevé est propriétaire à la charge de rendre ; article 944. Bien loin que sa position soit regardée avec défaveur, il est considéré comme ayant été le premier dans l'intention du disposant, et dans bien des cas, la condition sous laquelle il est tenu de rendre n'arrive pas toujours nécessairement.

L'article 945 regarde la nomination, conformément à la jurisprudence et à la pratique, d'un curateur à la substitution, pour représenter et protéger, tant dans l'inventaire que postérieurement, ceux des appelés qui ne peuvent l'être au moyen des tutelles et des curatelles ordinaires, savoir les non-nés. Les Commissaires n'ignoraient pas que l'on a souvent étendu cette espèce de curatelle à toute la substitution ; mais ils ont cru qu'il est mieux de la limiter aux non-nés, ceux qui existent et sont seulement incapables étant représentés où pouvant l'être comme dans les cas ordinaires. Ils n'ont pas cru qu'il y eût lieu à offrir cette manière de voir comme un amendement à la loi ; elle s'accordera d'autant mieux avec l'ensemble de leur travail, qu'ils ont partout considéré l'appelé comme ayant un intérêt véritable quoique conditionnel, et non une simple et inappréciable espérance

exclusive de tout rapport le droit existant entre l'appelé et la chose.

L'article 946 expose ce qui concerne l'inventaire, et l'article 947 continue de détailler les devoirs et les droits du grevé, et traite en particulier des rachats et remboursements faits de son temps.

L'article 948 renvoie au titre des successions quant aux partages et à l'indivis, et s'occupe aussi du remploi dans le cas de vente forcée lorsqu'elle peut avoir lieu nonobstant la substitution.

L'article 949 laisse au grevé quant à l'aliénation et à l'hypothécation des biens, tous les droits du propriétaire. mais seulement d'une manière résoluble, et sans préjudice à l'appelé, ni aux tiers dans les cas où ils peuvent acquérir des droits à l'encontre de l'appelé.

Si la substitution a été enregistrée, la vente forcée n'opère contre l'appelé, (article 950) que si elle est faite dans l'un des cas portés en un article subséquent.

Les transactions que le grevé peut faire à l'égard des biens ont suscité des controverses. Comme il peut être du plus grand intérêt pour l'appelé, en certains cas, que ces transactions aient lieu d'une manière stable, on les permet en les soumettant à l'autorisation en justice, (article 951) sans cependant présenter la règle comme nouvelle.

Par l'article 952, l'on peut substituer tout en promettant l'aliénation ; la substitution n'a alors d'effet que si l'aliénation n'a pas eu lieu.

L'article 953 expose les cas où l'aliénation des biens avant l'ouverture est finale ; on espère que l'énumération sera trouvé suffisante.

La mise de côté de la substitution, suivant un article projeté en faveur de la femme du grevé dans certains cas, forme une disposition embarrassante dans sa mise à effet, et n'est fondée que sur une présomption d'intention qui n'est plus aussi en rapport qu'autrefois avec les idées sur la transmission des biens dans les familles ; l'article 954 statue en amendement que pour l'avenir, la substitution conserve son effet.

Le grevé peut être restreint lorsqu'il dégrade, dilapide, ou dissipe, (article 955).

Par l'article 956, l'appelé peut avant l'ouverture faire non-seulement les actes conservatoires, mais disposer de son droit tel qu'il est ; c'est une conséquence de la manière dont les Commissaires ont envisagé ce droit, laquelle ils n'ont pas regardée cependant comme absolument nouvelle, quoique le point soit contesté entre les auteurs suivant l'idée que chacun entretenait sur la nature même du droit de l'appelé. Mais ce droit n'est pas transmissible à l'héritier ou au légataire s'il est devenu caduc ; (art. 957).

En fait de réparations et d'améliorations à la chose, l'art. 958 assimile le grevé à l'emphytéote. Il y a en effet beaucoup de rapports entre la possession de l'un et celle de l'autre.

Il est traité en l'article 959 des jugements affectant les biens intervenus du temps du grevé. L'on croit avoir, en exigeant la mise en cause des appelés ou de ceux qui les représentent, pour que l'effet soit entier, réglé aussi bien que possible un point contesté ; l'on y a eu en vue la manière dont le droit de l'appelé a été considéré par les Commissaires.

Suivant l'article 960, la restitution des biens par anticipation est permise sous des modifications expliquées.

SECTION IV.

DE L'OUVERTURE ET DE LA RESTITUTION DES BIENS.

Ces remarques ont atteint, dans l'ordre suivi, l'époque où cette restitution a lieu en vertu de la disposition ; cette époque est celle du décès du grevé s'il n'y a été autrement pourvu, art. 961.

L'appelé succède au substituant et non au grevé ; art. 962.

Par le même article, l'appelé est dispensé de demander la délivrance légale. Il peut être tenu de la demander aux héritiers du grevé, qui ne peuvent avoir à l'encontre de l'appelé qu'une possession de fait donnant lieu à la revendication et à l'exercice des autres actions directes. Quant aux héritiers du substituant, la chose ne rentre pas non plus entre leurs mains, même fictivement. Dans tous les cas, l'exéquation des

fidéi-commis aux legs, et l'opinion adoptée déjà sur la non-nécessité de la délivrance en général, font que la règle peut être présentée comme hors de doute.

L'obligation imposée aux héritiers du grevé par l'article 963 est une suite de leur subrogation dans sa possession.

L'article 964 expose un autre cas où l'intention du testateur est préférée aux termes qu'il emploie, et même à la qualité qu'il attribue aux personnes nommées dans le testament.

L'article 965 expose comment les biens sont rendus, mais l'article 966 est aussi ajouté comme réglant des points en partie regardés indécis. Il s'y agit des créances actives et passives entre le substituant et le grevé, et de la nature temporaire, quant à l'appelé, de la confusion qui a lieu d'après la loi.

La mention répétée de la séparation des patrimoines entre le grevé, pour sa créance, et l'appelé, était nécessaire ici, comme dans les autres cas pour lesquels elle a été exprimée, car cette créance intervertit la position des parties, et le grevé tient cette créance par suite de la volonté du testateur, pour être exercée par lui ou ses représentants contre l'appelé qui, à cet égard, devient dans le cas de l'héritier.

La déclaration que le grevé peut retenir les biens jusqu'au paiement de cette créance résulte du droit romain, qui donnait même au grevé le droit de se faire nantir de nouveau après avoir livré les biens sans avoir été payé.

Enfin, par l'article 967, la restitution de droit n'a pas lieu en faveur des appelés qui sont sous puissance d'autrui à cause des omissions de ceux qui les représentent, sauf recours contre ces derniers ; règle conforme à ce qui est applicable aux cas analogues d'omission traités dans le présent travail. L'intérêt des tiers est le motif de cette règle dans le cas présent comme ailleurs ; le code français contient aussi un article dans ce sens.

SECTION V.

DE LA PROHIBITION D'ALIÉNER.

Le sujet du quatrième chapitre se trouverait ici terminé, si la substitution n'existait souvent par implication au moyen

de la défense d'aliéner la chose donnée ou léguée. Cette défense ou prohibition se trouve souvent aussi dans les actes pour des fins différentes de la substitution. Il importe non-seulement de distinguer entre les deux cas, mais aussi de traiter de la prohibition dans laquelle la substitution ne se retrouve pas, sujet assez étendu en soi et dont la place la plus convenable est en ce lieu. L'on a donc ajouté une cinquième et dernière section sur la prohibition d'aliéner considérée généralement.

L'article 968 et l'article 969, sont introductifs ; ils contiennent diverses règles du sujet, et énoncent généralement les motifs pour lesquels la prohibition peut avoir lieu.

Dans les donations entrevifs l'inaliénabilité de la chose peut résulter d'une stipulation consentie par le donataire.

L'article 970 exclut de la vente la prohibition d'aliéner, que le vendeur n'a ni intérêt ni droit à imposer. Si quelque circonstance le porte à le faire temporairement, rien ne l'empêche de se réserver un droit de retour ou de faire autrement telle convention valable qui atteindra son but.

La prohibition d'aliéner peut n'être exprimée que par surérogation, et comme confirmative d'une substitution ; art. 971.

Par le droit ancien la prohibition est nulle comme faite sans cause, s'il n'apparait d'un motif qui ait effet en faveur de quelque personne, savoir : du disposant, de celui qui reçoit, ou des tiers. Mais si la nullité est prononcée en termes exprès, ou s'il y a une autre peine d'attachée, la prohibition vaut quoique la cause n'apparaisse pas.

Ces distinctions ne sont pas en harmonie avec la règle générale adoptée concernant la nullité qui résulte de termes prohibitifs. C'est pourquoi l'on a adopté l'article en amendement 972, d'après lequel la prohibition a son effet avec nullité de l'aliénation ou sous toute autre peine énoncée par le seul fait de la volonté du disposant ; les termes plus ou moins étendus destinés à établir cette nullité n'y pouvant ajouter. L'ancienne règle, lorsque la nullité était sur-ajoutée, ne fixait pas plus que la règle généralisée l'attribution des biens qui n'était pas apparente. Aussi le même amendement déclare-t-il, quoique

cela soit aussi applicable sous la loi ancienne lorsque la nullité est dans les termes mêmes, que si l'on ne voit pas le motif de la prohibition, elle est censée constituer un droit de retour, comme étant la manière la plus simple de l'interpréter. Cependant, il ne faudrait pas confondre une prohibition avec ce qui ne serait évidemment qu'un simple conseil.

L'article 973, étant une règle d'après laquelle on peut reconnaître si la prohibition d'aliéner comporte une substitution, et l'article 974 expose comment cette substitution a lieu alors entre plusieurs degrés.

La prohibition peut être limitée à l'aliénation par une certaine espèce d'actes, ou être autrement modifiée ; sinon, elle s'étend à tous les actes ; art. 975.

La défense de tester comporte une substitution *de eo quod supererit* au décès de celui à qui cette défense est adressée ; art. 976.

Les articles 977, 978, 979 et 980 servent à expliquer l'étendue que l'on doit donner au terme général de *famille*, et à ceux d'*enfants* ou de *petits-enfants*, employés souvent sans plus de désignation dans les prohibitions, comme aussi dans les substitutions en général, et même dans les donations et les legs ordinaires. Les règles adoptées ont été regardées par les Commissaires comme étant celles du droit ancien ; l'article 977 est en particulier destiné pour partie à empêcher que la prohibition ne soit étendue en degrés par simple conjecture.

Le sens à donner aux mêmes termes n'ayant été mentionné nulle part ailleurs, est ici appliqué généralement aux substitutions et aux donations et legs.

Enfin l'on a adopté un article additionnel marqué en ordre (981), pour obliger à l'enregistrement des actes portant prohibition d'aliéner, quoiqu'il n'y ait pas lieu à la substitution. En fait d'immeubles, les lois générales d'enregistrement pourraient suffire ; en fait de biens meubles, il y a les mêmes raisons lorsque la substitution n'existe pas, que par rapport à la substitution même. Cependant, vû que l'injonction ne se trouve pas en termes exprès dans nos statuts ni dans les écrivains consultés, l'article est offert comme amendement à la loi.

[ARTICLE 754.]

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

754. On ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation faite entrevifs ou par testament.

CHAPTER FIRST.

GENERAL PROVISIONS.

754. A person cannot dispose of his property by gratuitous title, otherwise than by gift *inter vivos* or by will.

Voyez autorités sur art. 755.

---

* 1 *Ricard*, *Donat.*, 1*re part.*, *ch.* 2, *No.* 43, *p.* 10. } Pour mon particulier, je ne puis approuver aucune de ces opinions, et je croy qu'elles sont contraires à nos Coutumes, à notre usage, à la raison, aux Arrêts de la Cour, et à la disposition même du Droit Ecrit; estimant qu'aux termes de nos Coutumes, nous ne devons admettre que la donation entre-vifs et le testament; que ces deux espèces de dispositions ne peuvent être en façon quelconque, converties l'une en l'autre ; et qu'il est absolument nécessaire que toute disposition que l'on prétend faire en qualité de donation à cause de mort et testamentaire, soit revêtue des solemnitez prescrites par la Coutume pour la validité des testamens.

---

* 8 *Pothier*, *Donat. entre vifs*, *Tit. prél.*, *No.* 1. } Nous n'admettons, dans le droit français que deux formes de disposer de nos biens à titre gratuit; *la donation entre vifs* et la *testamentaire*. Ordonnance de 1731, art. 3.

La donation *entre vifs* est une convention par laquelle une personne, par libéralité, se désaisit irrévocablement de quelque chose au profit d'une autre personne qui l'accepte.

[ARTICLE 754.]

* 1 *Journal des Aud.* } *vol.* 1, *p.* 238. } Le Lundy 21 Février 1639, à l'ouverture du Rôle de Paris, jugé qu'une donation à cause de mort, faite pardevant deux Notaires au Châtelet, par une mère gisant au lit malade, de la maladie dont elle est décédée, d'une somme de 5000 liv. au profit d'une de ses filles, était nulle, de nul effet et valeur, n'y ayant été observé les formes ordinaires des testamens, sçavoir que la donation eût été dictée, nommée et relûe, et ce par l'argument de l'article 277, de la Coutume de Paris, qui présuppose que les donations qui sont faites par personnes gisant au lit malades, de la maladie dont ils décèdent, sont réputées faites à cause de mort et testamentaires, et par conséquent sujettes aux mêmes formes et conditions que les testamens ; et ne pratiquons la Loy *ubi ita donatur, ff. de donat. causa mortis*, qui porte, que, *donatio mortis causa, ut nullo casu revocetur, perinde habetur atque alia quævis inter vivos donatio.* Néanmoins Monsieur le Premier Président le Jay, après la prononciation de l'Arrêt avertit les Avocats que la Cour avait jugé la question pour le regard des personnes mourantes seulement, parce qu'au fait dont il s'agissait, la mère était décédée peu de temps après la donation. L'Arrêt donné en confirmant la Sentence du Prévôt de Paris : Plaidans Euger et Jean. En voici l'Arrêt tout entier, avec les plaidoyers des Avocats, et celui de Monsieur l'Avocat Général Bignon, qui éclaircit très-bien la question, qui est importante, et laquelle jusqu'ici n'a été encore bien discutée.

---

* 7 *N. Denisart,* } *Vo. Donat., p.* 2. } 1. La donation est la libéralité faite à une personne sans y être aucunement obligé envers elle : *Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur :* leg. *ff. de donat.*

La personne qui exerce la libéralité, s'appelle *donateur ;* la personne envers qui on l'exerce s'appelle *donataire.*

[ARTICLE 755.]

* 2 *Maleville, sur art.* 893 *C. N.* } Cet article est conforme à l'article 3 de l'ordonnance de 1731 sur les donations. Il est vrai que cet article parle aussi des codiciles en même tems que des testamens; et en effet, dans les pays de Droit écrit, les codiciles étaient très-distincts des testamens, en cela principalement qu'il ne pouvaient contenir d'institution d'héritier; mais on verra dans la suite de ce titre que cet différence n'existe pas aujourd'hui.

Quand aux donations à cause de mort, l'article 3 de l'ordonnance de 1731, les avait déjà abolies, ou pour mieux dire, les avait fondues dans les codiciles; et dans la vérité, les donations à cause de mort, les codiciles et les legs n'étaient au fonds que la même manière de disposer, et ils étaient soumis aux mêmes formalités. *V.* le § 1, *Inst. de donat.* et la loi dernière, Cod. *de mortis causâ don.*

---

* *C. N.* 893. } On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament, dans les formes ci après établies.

---

755. La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille à titre gratuit de la propriété d'une chose, en faveur du donataire dont l'acceptation est requise et rend le contrat parfait. Cette acceptation la rend irrévocable, sauf les cas prévus par la loi, ou une condition résolutoire valable.

755. Gift *inter vivos* is an act by which the donor divests himself, by gratuitous title, of the ownership of a thing, in favor of the donee, whose acceptance is requisite and renders the contract perfect. This acceptance makes it irrevocable, saving the cases provided for by law, or a valid resolutive condition.

* *ff. L.* 1, *De Donat.* } *L.* 1. Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, *ut statim velit accipientis fieri*, *nec ullo casu ad se reverti* : et propter nullam aliam causam facit, quàm ut liberalitatem et munificentiam exerceat. Hæc propriè donatio appellatur. Dat aliquis, *ut tunc demum accipientis fiat*, *cùm aliquid secutum fuerit.* Non propriè donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub conditione est. Item cùm quis ea mente dat, *ut statim quidem fiat accipientis*, *si tamen aliquid factum fuerit*, *aut non fuerit*, *velit ad se reverti.* Non propriè donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quæ sub conditione solvatur : qualis est *mortis causa* donatio. (JULIAN.)·

Ibid. L. 9. } *L.* 9. In ædibus alienis habitare gratis, donatio videtur : id enim ipsum capere videtur, qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit. Potest enim et citra corporis donationem valere donatio : veluti si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam.

§ 3. Donari non potest, nisi quod ejus fit, cui donatur. (POMPONIUS).

Ibid. L. 19 § 2.—Non potest liberalitas nolenti adquiri. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } *L.* 1. Il y a plusieurs espèces de donations. Un homme fait une donation dans l'intention que la chose passe à l'instant au donataire et ne lui revienne en aucun cas, et cette donation n'a d'autre cause que l'envie qu'il a d'exercer sa libéralité et sa munificence. C'est là proprement ce qu'on appelle donation. Un homme fait une donation, mais dans l'intention que la propriété ne passe au donataire qu'en supposant un événement. Ce n'est point là proprement une donation, c'est une libéralité conditionnelle. Enfin un homme fait une donation dans l'intention à la vérité que la propriété de la chose passe à l'instant au donataire, mais en supposant qu'une chose aura été faite, ou que si elle ne l'a pas été, la chose lui reviendra. Ce n'est pas encore là proprement une donation, c'est une libéralité qui

doit être résolue faute de l'événement de la condition : telle est la donation à cause de mort. (JULIEN).

L. 9. La concession d'une habitation gratuite dans la maison d'autrui est regardée comme une donation ; parce que celui qui habite gratuitement gagne le loyer qu'il ne paye pas. En effet une donation peut valoir sans qu'on transmette le corps de la chose : comme il arrive lorsque, dans l'intention de faire une donation, je conviens avec mon débiteur qu'il ne me paiera que dans un certain temps ce qu'il me doit dès à présent.

§ 3. On ne peut donner que ce dont la propriété peut être acquise au donataire. (POMPONIUS).

L. 19. § 2. Une libéralité ne peut pas être acquise à quelqu'un malgré lui. (ULPIEN).

---

ff. De reg. juris, *L.* 69.—Invito beneficium non datur. (PAULUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } Personne n'est obligé d'accepter un bienfait malgré soi. (PAUL).

---

* 1 *Ricard*, *Donat.*, 1er *part.*, *ch.* 1, *No.* 16, *p.* 4. } 11. Nous trouvons une description de la *Donation entre-vifs*, dans la Loy première au Digeste *de Donationibus*, qui me revient plus que pas une autre. *Ea est*, dit-elle, *quæ fit à vivente*, *et ea mente*, *ut ita accipientis fiat*, *quod nullo modo per dispositionem contrariam revocetur.* Ce qui ne doit pas toutefois passer pour une définition exacte ; d'autant que nous n'en avons presque point en droit : mais seulement servir pour former notre idée, et nous donner une connaissance du moins grossière de cette espèce de donation, que nous ne connaîtrons parfaitement, qu'après en avoir examiné toutes les circonstances, suivant l'ordre de ce Traité.

Voy. *Pothier*, cité sur art. précédent.

* 2 *Bourjon*, *Tit.* 4, *sec.* 4, *No.* 26 *note*, *No.* 40. } Les conjoints peuvent disposer au profit l'un de l'autre, des biens qu'ils ont dans l'étendue des Coutumes qui ne contiennent pas cette prohibition ; Arrêt du 2 Décembre 1675, rapporté dans le troisième volume du Journal des Audiences, liv. 9, ch. 13.

40. Par le même principe elles sont affranchies de la nécessité de l'acceptation. Le mariage consomme toutes les conditions, tous les avantages, toutes les clauses sous lesquelles il a été contracté ; il les rend inviolables, et vaut acceptation.

Arrêt rapporté par M. Louet, let. D, No. 5. Voyez M. le Prestre, cent. 1, ch. 43. Les art. 10 et 13, de l'Ordonnance de 1731, lèvent à cet égard toute difficulté ; et telle a toujours été la Jurisprudence du Châtelet, fondée sur la proposition qui suit.

Id. Tit. 4, 6*e part.*, *ch.* 1, *No.* 4, *p.* 116. } 4. Le donateur ne peut par la donation, efficacement renoncer à ce droit de révocation (pour ingratitude) ; telle clause serait contre les bonnes mœurs, en affranchissant un donataire de son principal engagement ; et comme telle, elle ne peut avoir aucun effet.

M. Coquille, sur l'art. 1, du titre des Donations de la Coutume de Nivernois, et en sa Question 292. M. Mornac, sur la Loy 29, au Code *de pactis.* M. Basset, tom. 2, liv. 6, tit. 3, ch. 2. M. le Maître, tit. 13, sect. 3, p. 389.

---

* 6 *Guyot*, *Vo. Donation*, *p.* 163, 164 *et* 173. } Une Donation entre-vifs, est la disposition de certaines choses dont le donateur se dessaisit en faveur de celui auquel il donne : cette Donation se fait par un pur principe de libéralité, avec une intention absolue et déterminée de se dépouiller de la chose donnée sans pouvoir jamais révoquer cette libéralité.

Il n'y a de véritables Donations que les Donations entre-vifs qui dépouillent le donateur de la chose donnée, et qui la transfèrent irrévocablement au donataire ; toute disposition

qui manque de ce caractère et qui a laissé au prétendu donateur la liberté de l'anéantir, n'est pas une Donation entre-vifs.

Les Donations entre-vifs diffèrent des Donations à cause de mort par deux caractères essentiels : l'un consiste en ce que les Donations entre-vifs sont des conventions qui étant passées entre les donateurs et les donataires sont irrévocables ; au-lieu que les Donations à cause de mort sont de la même nature que les legs et les institutions d'héritier qui dépendent de la volonté seule des donateurs, et peuvent par conséquent être révoquées.

L'autre caractère par lequel les Donations entre-vifs diffèrent des Donations à cause de mort, est une suite du premier, et consiste en ce que le Donateur entre-vifs se dépouille lui-même de ce qu'il donne et le transfère au donataire ; au lieu que celui qui donne à cause de mort demeure pendant toute sa vie propriétaire de ce qu'il donne, et conserve le droit d'en priver le donataire. Ainsi, tandis que la Donation entre-vifs fait perdre au donateur la propriété de la chose donnée, la Donation à cause de mort ne dépouille que l'héritier du donateur.

De ce que les Donations entre-vifs sont des conventions irrévocables qui dépouillent le donateur, il faut en conclure que toute Donation qui manque de ce caractère, et qui laisse au donateur la liberté de la rendre nulle, ne peut produire aucun effet comme Donation entre-vifs.

C'est de ce principe que dépend la règle, *donner et retenir ne vaut:* ce qui signifie que si le donateur retient ce qu'il donne, il ne se dépouille pas et ne donne point. Cette maxime a cette étendue, qu'elle anullerait non-seulement les Donations où les donateurs se réserveraient la liberté de disposer des choses données, mais toutes celles où il se rencontrerait des circonstances qui indiqueraient que le donateur ne se serait pas dépouillé, et que le donataire n'aurait pas été rendu irrévocablement le maître des choses données. Ainsi une Donation dont le titre demeurerait sous la puissance du donateur sans que le donataire en eût un double, ni que la minute

fût mise entre les mains d'un notaire pour en délivrer l'expédition, serait une Donation nulle attendû que le donateur retiendrait la liberté de l'anéantir.

P. 173.—I. C'est un principe que les Donations ne peuvent valoir, si elle ne sont intrinséquement irrévocables. De-là l'axiôme, *donner et retenir ne vaut.*

Ainsi une Donation serait vicieuse et sujette à la peine de nullité, si elle était faite à condition que le donataire serait tenu de payer les dettes de la succession du donateur, ou astreint à d'autres charges que celles qui existaient dans le temps de la Donation. La raison en est qu'une telle condition laissant au donateur la liberté de contracter autant de dettes qu'il jugerait à propos à la charge du donataire, il pourrait rendre la liberté inutile : ce serait par conséquent le cas d'appliquer la règle *donner et retenir ne vaut*, puisqu'en effet par le moyen de la condition dont il s'agit, le donateur retiendrait tacitement ce qu'il donnerait.

Il faut donc, conformément à l'article 16 de l'ordonnance de 1731, établir pour principe certain que les Donations faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sont nulles.

La même loi veut que si le donateur s'est réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la Donation ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés, cet effet ou cette somme ne puisse être compris dans la Donation, quand même le donateur serait décédé sans en avoir disposé. Dans ce cas, l'effet ou la somme réservés doivent appartenir aux héritiers du donateur.

Mais si le donateur a expressément déclaré que dans le cas où il mourrait sans avoir disposé de la chose réservée, il voulait qu'elle appartînt au donataire, cette stipulation serait-elle exécutée, ou les héritiers seraient-ils fondés à la faire regarder comme inutile, et par conséquent à prétendre la propriété de la chose réservée?

Les uns se sont déclarés en faveur du donataire, et ont fondé

leur opinion sur deux arrêts, l'un du 14 février 1638, et l'autre du 2 juillet 1659.

Les autres au contraire ont embrassé le parti des héritiers du donateur contre le donataire, et c'est ce dernier sentiment qu'il faut suivre. En effet, il faut pour la perfection d'une Donation entre-vifs que le donateur ait conformé sa volonté en rédigeant l'acte, et qu'il ne soit resté aucune incertitude sur le sort des choses données. Ainsi on doit conclure que la réserve dont il s'agit rendant la Donation imparfaite quant à la chose réservée, cette chose doit appartenir à l'héritier du donateur. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par un arrêt du 3 avril 1648, rapporté par Ricard.

Telle est aussi la décision de plusieurs coutumes : l'article 212 de celle de Bourbonnais est ainsi conçu : *Donations entre-vifs de biens, retenue certaine somme de deniers, ou partie desdits biens, pour en disposer à son plaisir et volonté, est bonne, quant aux biens non retenus.* Les coutumes de Ledan et d'Auvergne disent pareillement que les biens ou deniers que le donateur aura retenus appartiendront à ses héritiers et non au donataire.

Enfin une jurisprudence contraire serait formellement opposée à l'ordonnance des Donations qui veut que la somme réservée dont le donateur n'a pas disposé de son vivant, appartienne à ses héritiers *nonobstant toutes clauses ou stipulations à ce contraires.*

L'irrévocabilité intrinsèque, dont une donation doit être revêtue dans son principe, annonce bien clairement que si un acte de libéralité entre-vifs était dans le cas de ne pouvoir pas produire son effet dès le moment qu'il est passé, il serait nul.

De-là, la conséquence, que si une telle donation avait pour objet des choses qui n'appartinssent point au donateur, ce serait une libéralité illusoire, attendû qu'elle ne pourrait être accompagnée de tradition. C'est pour cela que l'article 15 de l'ordonnance de 1731 a prononcé la peine de nullité contre les Donations entre-vifs qui comprendraient d'autres biens que ceux dont la propriété appartiendrait actuellement au

donateur. La loi a de plus étendu cette peine aux Donations des biens *présens et à venir*, quand même le donataire aurait été mis en possession des *biens présens*, durant la vie du donateur.

---

* 7 *N. Denizart*, *Vo. Donation.* } 4. Notre droit n'admet que dans le contrat de mariage ces donations mixtes, qui tenant tout-à-la-fois et de la donation entre-vifs et de la donation à cause de mort, ne sont parfaitement ni l'une ni l'autre. Dans les autres contrats, il réquiert, à peine de nullité, deux conditions pour la validité des donations entre-vifs, 1o. que le donateur se désaisisse de son vivant de la propriété de la chose donnée : 2o. qu'il ne puisse en aucune manière, directement ou indirectement, révoquer à son gré la donation.

---

* 2 *Lamoignon*, *p.* 351. } L'acceptation de la part du donataire est une formalité qui ne doit pas être oubliée ; elle est et a toujours été regardée comme essentielle, et même la plus essentielle, puisqu'il est contre la nature des choses qu'une personne puisse devenir propriétaire sans son aveu et sans son consentement. Aussi a-t-on défini la donation *liberalitas nullo jure cogente, in consentientem collata.* Aussi regarde-t-on cet acte comme un contrat synallagmatique, qui n'est parfait que par le concours du consentement des deux contractants. *In omnibus rebus quæ dominium transferunt, concurrere oportet effectus ex utrâque parte contrahentium. Nam sive ea venditio, sive donatio, sive aliqua causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consensit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest. L.* 55, *ff. de act. et oblig.*

Nos loix et notre jurisprudence ont adopté l'indispensable nécessité de cette formalité. L'ordonnance de 1529, article 133, dit que les donations entre-vifs *commenceront leur effet du temps qu'elles auront été acceptées par les donataires, en présence des donateurs et des notaires, à peine de nullité.* La déclaration du mois de février 1549, sans se relâcher de la néces-

sité de l'acceptation, a modifié la rigueur de cet article, en permettant d'accepter en l'absence du donateur, pourvu que ce fût de son vivant, en présence de personne publique et témoins, ou de deux notaires, et que l'acte d'acceptation fût inséré dans l'acte de donation.

---

* *C. N.* 894. } La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte.

---

756. Le testament est un acte de donation à cause de mort, au moyen duquel le testateur dispose par libéralité, sans l'intervention de la personne avantagée, du tout ou de partie de ses biens, pour n'avoir effet qu'après son décès ; lequel acte il peut toujours révoquer. L'acceptation qu'on en prétendrait faire de son vivant est sans effet.

756. A will is an act of gift in contemplation of death, by means of which the testator, without the intervention of the person benefited, makes a free disposal of the whole or of a part of his property, to take effect only after his death, with power at all times to revoke it. Any acceptance of it purporting to be made in his lifetime is of no effect.

---

* *ff. Qui test. fac. poss. l.* 1. } Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit. (MODESTINUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Le testament est l'expression légitime de notre volonté sur ce que nous voulons qu'on observe après notre mort. (MODESTIN).

[ARTICLE 756.]

* *ff. De mortis causa Donat. L. 1.* } Mortis causa donatio est, cùm quis habere se vult, quàm eum cui donat : magisce euum qui donat, quàm heredem suum.

§ 1. Sic et apud Homerum Telemachus dona Piræo. (MARCIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } La donation à cause de mort est celle dans laquelle le donateur aime mieux se conserver la chose que de la faire passer au donataire, mais en même temps aime mieux qu'elle passe au donataire qu'à son héritier.

§ 1. Telle est la donation qu'on lit dans Homère faite par Télémaque à Pirée. (MARCIEN).

---

* 1 *Ricard, Donat., 1re part., ch.* 2, *No.* 37, 41, 82. } 37. Pour ce qui concerne notre Pays Coutumier, nos Coutumes pour la plus grande partie, n'ont point établi de donations à cause de mort distinctes des Testamens vraisemblablement, parce que nos testamens ne sont à proprement parler, que des codicilles ; et que la forme des donations à cause de mort par le Droit Romain qui les avait introduites, était aussi grande que celle qui était requise pour la validité des codicilles. *In omni ultimâ voluntate, excepto testamento, quinque testes debent adhibere, l. ult. § ult. C. de codic.* De sorte que nos Coutumes se seraient mises en peine inutilement pour favoriser les dispositions des particuliers, de leur accorder une espèce de donation à cause de mort séparée du testament, si elles avaient prescrit à l'un et à l'autre une même forme ; et on aurait embarassé nos Coutumes par la seule multiplicité des noms : comme d'ailleurs il aurait été plus onéreux qu'avantageux au Public et aux Particuliers, de diviser des actes qui ne doivent avoir qu'un même but et un même effet, en leur imposant des solemnités séparées.

41. Pour ce qui concerne la seconde espèce, ils luy donnent pour fondement, l'art. 277. de la Coutume de Paris, qui porte que *Toutes donations, encore qu'elles soient conçûes entre-vifs,*

faites par personnes gisans au lit malades, de la maladie dont ils décèdent, sont réputées faites à cause de mort et testamentaires, et non entre-vifs. Ils prétendent aussi que l'Arrêt donné pour raison de la succession de Me. Jean Thioust, Avocat en Parlement, le 24 Mars 1567, et prononcé en robes rouges à la Pentecôte de l'année suivante 1567, est intervenu dans un cas semblable à celuy qu'ils proposent; et même que cet Arrêt a servi de modèle pour rédiger l'article 277 de la Coutume, qui est de la nouvelle réformation: Et enfin, ils tirent en argument la disposition de la Loy *Seiâ* 42, §. *cum pater, D. de mort, causa donat,* qui décide qu'une donation entre-vifs accompagnée de toutes les formalités nécessaires, peut avoir effet comme telle, quoyqu'elle soit faite par une personne malade de la maladie dont elle est décédée.

82. Il faut encore observer pour ce qui concerne les donations à cause de mort, dont les pays de droit écrit ont retenu l'usage, que par une des Constitutions de l'Empereur Justinien, dont est composée la Loy dernière, au Code *de donat. caus. mort.* elles ont été rendues entièrement semblables aux legs testamentaires, *hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum reductæ sunt per omnia*, §. *hæ mortis. Instit. de donat.* et même il se voit par la Loy *illud* 37, *D. de mort. caus donat.* que cette Constitution n'a point été faite pour introduire un nouveau Droit, mais pour résoudre quelques nouvelles difficultés qui étaient survenues; pour sçavoir, par exemple, si touchant l'insinuation les donations à cause de mort devaient être comparées aux donations entre-vifs, et aux dispositions testamentaires: d'autant que par cette Loy, la même disposition avait déjà été établie en termes aussi universels. *Illud generaliter meminisse oportebit, donationes causa mortis factas legatis comparatas. Quodcumque igitur in legatis juris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum.*

Voy. *Domat*, cité sur art. 755 et autorités sur art. 782.

* 17 *Guyot*, *Vo. Test.*, *p.* 99. } TESTAMENT. C'est la déclaration légale que fait un homme de ses dernières volontés pour la disposition de ses biens. *Testamentum*, dit la loi, *est justa sententia de eo quod quis post mortem fieri velit.*

Dans les pays de droit écrit, on ne donne proprement ce nom qu'aux actes dans lesquels il se trouve une institution d'héritier. Ceux qui ne contiennent que des legs ou des fidéicommis sont appelés codiciles.

Mais dans les pays de droit coutumier, on confond le Testament avec le codicile : l'un n'y demande pas plus de formalités que l'autre, et tous deux y produisent les mêmes effets.

Le plus communément on qualifie de *Testament* une disposition quelconque de dernière volonté ; et tel est le sens dans lequel nous prendrons ici ce terme.

---

* 7 *N. Denizart*, *Vo. Donation*, *p.* 6 *et* 7. } 2. De ce caractère constitutif des donations entre-vifs et à cause de mort, il en résulte entr'elles une différence essentielle. Le donateur entre-vifs donnant de son vivant, préfère son donataire à lui-même. Le donateur à cause de mort ne donnant qu'après sa mort, se préfère lui-même à son donataire, et préfère seulement son donataire à ses héritiers.

De ce même caractère constitutif dérivent les effets opposés que produisent ces deux genres de donations. Le donateur entre-vifs donnant de son vivant, de telle manière qu'il préfère son donataire à lui-même, lui transfère irrévocablement la propriété de la chose donnée : d'où il résulte, 1o. que le donateur ne conserve pas la faculté d'en disposer à son gré ; 2o. que le donataire acquiert la faculté d'en disposer, même du vivant du donateur ; 3o. que si le donataire décède avant lui, la chose donnée passe aux héritiers du même donataire.

Le donateur à cause de mort, ne donnant qu'après sa mort, reste propriétaire de son vivant : d'où il résulte, 1o. qu'il conserve la faculté d'en disposer à son gré ; 2o. que de son vivant le donataire n'a aucun droit acquis, mais une simple espé-

rance ; 3o. que si le donataire décède avant lui, la donation devient caduque.

---

* 2 *Domat* (*Remy*), *Des Test.*, *Tit.* 1, *sec.* 1, *No.* 4. } 4. Le testament est une disposition à cause de mort, c'est-à-dire faite dans la vue qu'a de sa mort celui qui dispose des biens par un testament, et dans le dessein que sa disposition n'aura son effet que quand il mourra (C. civ. 895) ; car l'héritier n'a son droit que par cette mort. D'où il s'ensuit que le testament n'ayant aucun effet jusqu'à la mort du testateur, il est toujours dans la liberté de le révoquer, ou y changer en en faisant un autre, ou de l'anéantir sans en faire d'autre en le supprimant. Ainsi, quand il se trouve plusieurs testaments d'une même personne, c'est toujours le dernier seul qui doit subsister, à la réserve de ce que ce dernier testament confirmerait des dispositions des autres précédents. (C. civ. 1036).

---

* *C. N.* 895. } Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer.

---

757. Certaines donations peuvent être faites irrévocablement entrevifs dans un contrat de mariage, pour n'avoir cependant effet qu'à cause de mort. Elles participent de la donation entrevifs et du testament. Il en est traité en particulier à la section sixième du chapitre deuxième de ce titre.

757. Certain gifts may be made irrevocably *inter vivos* in a contract of marriage, to take effect, however, only after death. They partake of gifts *inter vivos* and of wills, and are treated of specially in the sixth section of the second chapter of this title.

* *Ord. des Donations, Fév.* 1731, *Louis XV.* } Art. 13. Les institutions contractuelles et les dispositions à cause de mort, qui seront faites dans un contrat de mariage, même par des collatéraux ou par des étrangers, ne pourront être attaquées par le défaut d'acceptation.

---

758. Toute donation faite pour n'avoir effet qu'à cause de mort qui n'est pas valide comme testament ou comme permise en un contrat de mariage, est nulle.

758. Every gift made so as to take effect only after death, which is not valid as a will, or as permitted in a contract of marriage, is void.

---

759. Les prohibitions et restrictions quant à la capacité de contracter, d'aliéner ou d'acquérir, établies ailleurs en ce code, s'appliquent aux donations entrevifs et aux testaments avec les modifications contenues au présent titre.

759. The prohibitions and restrictions as to the capacity for contracting, alienating or acquiring, established elsewhere in this code, apply to gifts *inter vivos* and to wills, with the modifications contained in the present title.

---

760. Les donations entrevifs ou testamentaires peuvent être conditionnelles.

La condition impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, aux lois, ou à l'ordre public, dont dépend

760. Gifts *inter vivos* or by will may be conditional.

An impossible condition, or one contrary to good morals, to law, or to public order, upon which a gift

une donation entrevifs, est nulle et rend nulle la disposition elle-même comme dans les autres contrats.

Dans un testament une telle condition est considérée comme non écrite et n'annulle pas la disposition.

inter vivos depends, is void, and renders void the disposition itself, as in other contracts.

In a will such a condition is considered as not written, and does not annul the disposition.

---

* *ff. de pactis dotalibus*, *L.* 7. } 7. Cùm dos filiæ nomine datur, optimum est, pactum conventum cum utroque generum facere : quanquam initio dotis dandæ legem quam velit, etiam citra personam mulieris is qui dat, dicere possit. Si vero post datam pacisci velit, utriusque persona in paciscendo necessaria est : quoniam jam acquisita mulieri dos tùm esset. Quo casu solus pater pactus esset sine filia, sive solus agat, sive adjuncta filiæ persona, ei soli nocebit, et proderit pactum conventum : nec si sola filia aget, neque proderit, neque nocebit ei. Si vero filia sola pacta fuerit, quo pacto melior conditio patris fiet, proderit et patri : quoniam per filiam patri adquiri potest : per patrem filiæ non potest. Si vero sic pacta sit filia, ut noceat, ipsi quandoque filiæ agenti nocebit pactum : patri vero nullo modo nocebit, nisi adjecta quoque filiæ persona experiatur. Dicendum est, paciscendo filiam patris conditionem deteriorem facere non posse eo casu, quo mortua ea in matrimonio dos ad patrem reversura est. (Pomponius).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } 7. Lorsqu'un père donne une dot au nom de sa fille, le gendre agira prudemment, s'il veut faire quelque convention à cet égard, de la faire avec les deux parties, c'est-à-dire avec le père et la fille ; quoique, lors de la constitution de la dot, le père qui la donne puisse seul et sans sa fille lui imposer les conditions qu'il juge à propos. Mais si le beau-père qui a constitué la dot veut,

après l'avoir donnée, faire quelque convention, cette convention doit être faite par lui et par sa fille ; parce qu'en ce moment la dot est déjà acquise à la fille. Dans le cas où le père aura fait seul une convention, et sans y appeler sa fille, cette convention ne servira ou ne nuira qu'à lui seul, soit qu'il forme sa demande seul, soit qu'il la forme conjointement avec sa fille. Et si la fille forme elle seule sa demande, la convention faite par son père ne pourra ni lui profiter ni lui nuire. Mais si la fille avait fait seule une convention qui dût rendre la condition de son père plus favorable, la convention profiterait au père, par la raison que celui-ci acquiert par le ministère de sa fille, au lieu qu'une fille n'acquiert rien par le ministère de son père. Si au contraire la convention faite par la fille seule est nuisible, cette convention nuira un jour à la fille lorsqu'elle formera sa demande ; mais elle ne pourra jamais nuire au père, à moins qu'il ne forme sa demande conjointement avec sa fille. On doit décider que la fille ne peut jamais, par sa convention particulière, rendre la condition de son père moins avantageuse pour le cas où la dot doit lui retourner avenant la dissolution du mariage par la mort de sa fille. (POMPONIUS).

---

* *ff. Ad Leg. Falcidiam, L. 15, § 1.* } § 1. Frater, cùm heredem sororem scriberet, alium ab ea, cui donatum volebat, stipulari curavit, ne *Falcidia uteretur, et ut certam pecuniam, si contrà fecisset, præstaret.* Privatorum cautione legibus non esse refregandum constitit : et ideo sororem jure publico retentionem habituram, et actionem ex stipulatu denegandam. (PAPINIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } § 1. Un frère a institué sa sœur pour héritière, et il a interposé une personne qu'il voulait avantager, laquelle a stipulé de la sœur qu'elle ne se servirait point du bénéfice de la Falcidie, et que si elle contrevenait à cette promesse elle lui paierait une certaine somme. Il est certain que les particuliers ne peuvent point

déroger aux lois par leurs dispositions, moyennant quoi la sœur aura, suivant les lois, le droit de retenir la Falcidie sans être soumise à aucune action en conséquence de sa promesse. (PAPINIEN).

---

* *ff. De cond. et demonst.,* *L.* 3. } 3. Obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas. (ULPIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } 3. On en est enfin venu à décider que les conditions impossibles ajoutées à des dispositions testamentaires seraient regardées comme non écrites. (ULPIEN).

---

* *ff. De cond. ob turpem,* *L.* 1. } 1. Omne quod datur, aut ob rem datur, aut ob causam : et ob rem, aut turpem aut honestam : turpem autem, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis : aut ut accipientis duntaxat, non etiam dantis : aut utriusque.

§ 1. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res propter quam datum est, secuta non est.

§ 2. Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest. (PAULUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } 1. Tout ce qu'on donne, est, ou pour avoir une chose, ou pour déterminer quelqu'un à quelqu'action. Quand on donne pour avoir une chose, la chose qu'on veut avoir est honnête ou déshonnête. Elle peut être déshonnête, soit par rapport à celui qui donne, soit par rapport à celui qui reçoit, soit par rapport à tous les deux.

§ 1. Lorsqu'on a donné pour une chose honnête, on ne peut redemander ce qu'on a donné, qu'autant que la chose n'aura point eu lieu.

§ 2. Si la chose est déshonnête par rapport à celui qui a reçu, on pourra redemander ce qu'on a donné, quand même elle aurait eu lieu. (PAUL).

* *Cod. de Donat., quæ sub modo, L.* 1, 2, 3. } 1. Si doceas, ut adfirmas, nepti tuæ ea lege esse donatum à te, ut certa tibi alimenta præberet : vindicationem etiam in hoc casu utilem, eo quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est actionem, qua dominium pristinum tibi restituatur. Nam non solùm condictio quidem tibi in hoc casu, id est in personam actio, jure procedit, verùm etiam vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt.

Proposit. 6 calend. decemb. Tusco et Basso Coss. 259.

2. Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus qui accepit, ad te rediret, donatio valet : cùm etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quæ ei imposita est, conservanda.

Proposit. 5 id. mart. Maximo II. et Aquilino Coss. 286.

3. Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus, id quod donatum est, alii restituatur : veteris juris autoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non impleta, et qui liberalitatis auctor fuit, vel heredibus ejus condictitiæ actionis persecutionem competere. Sed cùm postea benigna juris interpretatione divi principes ei, qui stipulatus non sit; utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiserint : actio, quæ sorori tuæ, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur.

Proposit. 11 calend. octob. ipsis IV. et III. AA. Coss. 290.

Ibidem. Trad. de P. A. Tissot. } 1. Si vous prouvez n'avoir fait la donation dont s'agit à votre petite-fille que sous la condition qu'elle vous paierait une certaine pension alimentaire, vous obtiendrez la revendication utile, c'est-à-dire la révocation de la donation, fondée sur ce que la donataire n'a pas observé la condition que vous lui aviez imposée : car dans ce cas vous avez non seulement contre elle l'action personnelle, mais encore la revendication, en vertu des constitutions impériales.

Fait le 16 des calend. de décembre, sous le consul. de Tuscus et de Bassus. 259.

2. La donation par laquelle vous avez transféré à quelqu'un la propriété de vos biens sous la condition qu'à sa mort ils retourneraient à vous, est valable ; parce qu'étant permis de faire des donations pour un certain temps, soit déterminé, soit indéterminé, le donataire est tenu de se conformer à cette condition.

Fait le 5 des ides de mars, sous le deuzième consul. de Maxime et le premier d'Elien. 286.

3. Les dispositions de l'ancien droit portent, au sujet de la donation faite sous la condition qu'après un certain temps le donataire restituera à un autre les choses données, qu'au cas où le donataire ne se conformerait pas à la condition, il soit accordé au donateur, quoique ne pouvant à cet égard se prévaloir d'aucune stipulation, ou à ses héritiers, l'action personnelle contre lui ; mais comme depuis les constitutions impériales, par une interprétation plus bénigne, ont accordé au second donataire, conformément à la volonté du donateur, l'action utile contre le premier donataire, quoique non stipulée expressément, l'action dont pourrait user votre sœur, si elle était encore vivante, vous sera accordée à vous-même comme son héritier.

Fait le 11 des calend. d'octobre, sous le quatrième consul. de l'emper. Dioclétien et le troisième de l'empr. Maximien. 290.

Voy. *Guyot*, cité sur art. 755.

---

* 6 *Guyot*, *Vo. Donat.*, *p.* 198. } Une Donation conditionnelle est celle dont l'accomplissement dépend de l'événement de quelque condition.

La condition apposée à une telle Donation est suspensive ou résolutoire : elle est suspensive quand la Donation ne transfère dans le moment de la passation de l'acte, ni la propriété ni l'usufruit des biens données, et que le donataire ne doit jouir que quand la condition sera arrivée : ainsi une Donation

faite pour avoir lieu en cas de survie, renferme une condition suspensive.

La condition est résolutoire quand la Donation après avoir subsisté peut être résolue par l'événement de la condition. Par exemple, une Donation faite à une veuve à la charge qu'elle ne se remariera pas, renferme une condition résolutoire, puisque si cette veuve se remarie les biens donnés et dont elle aura joui, retourneront au donateur.

Il faut faire beaucoup de différence dans les Donations entre les motifs que le donateur exprime comme étant la cause de sa libéralité, et les conditions qu'il y impose. Car au lieu que le défaut d'une condition annulle la Donation conditionnelle, elle ne laisse pas de subsister, quoique les motifs qui y sont exprimés se trouvent manquer de vérité. S'il est dit par exemple dans une Donation, qu'elle est faite pour faciliter au donataire une acquisition qu'il a en vue, la libéralité aura son effet, quand même l'acquisition ne se ferait pas, attendû qu'il reste toujours la volonté absolue du donateur qui a pu avoir d'autres motifs que ceux qu'il a exprimés. Mais s'il est dit que la Donation n'est faite qu'à condition que les choses données serviront à l'acquisition d'un tel office, la libéralité n'aura d'effet qu'autant que l'acquisition de cet office aura eu lieu.

---

* 2 *Domat* (*Remy*). *Test.*, *Tit.* 1, *s.* 8, *Nos.* 1, 18. } 1. Les conditions dans les testamens sont des dispositions particulières qui font partie de celles du testateur, et qu'il y ajoute pour régler l'effet qu'il veut y donner, si un cas qu'il prévoit arrive ou n'arrive point ; soit qu'il fasse dépendre de cet événement la validité de ce qu'il ordonne de cette manière, ou que seulement il veuille y faire quelque changement, selon le cas qui arrivera. Ainsi, par exemple, un testateur peut léguer une dot à une fille en cas qu'elle se marie, et ce legs dépendra de l'événement de son mariage, et n'aura son effet que quand elle viendra à se marier. Ainsi, un testateur

peut léguer un fonds, à condition que, si le légataire laisse des enfans, il en aura la propriété, et la leur transmettra, et que s'il n'a point d'enfans, il n'en aura que le simple usufruit, et qu'après sa mort la propriété passera à quelque autre. Ce qui rendra ce legs différent, selon que par l'événement le légataire aura des enfans ou n'en aura point. (C. civ. 1040, s. 1168, s.)

18. On fait une autre espèce de conditions de celles qui sont impossibles, et il faut mettre en ce nombre, non-seulement ce que la nature rendrait impossible, mais aussi ce qui serait contraire aux lois, aux bonnes mœurs, à l'honnêteté. Comme, par exemple, si un testateur avait légué une dot à une fille âgée de dix ans, à condition qu'elle se marierait dans un an, ou s'il avait fait un legs à condition que le légataire établirait son domicile en un certain lieu. Car la condition de ce mariage blesserait les lois, et celle de l'établissement de ce domicile étant contraire à la liberté juste et naturelle du choix d'un domicile, blesserait en quelque façon les bonnes mœurs et l'honnêteté. Ainsi, ces sortes de conditions n'obligent à rien, non plus que celles qui sont naturellement impossibles, et elles sont tenues pour non écrites. Car on considère comme impossible ce qui ne se peut sans blesser les lois ou les bonnes mœurs et l'honnêteté ; et s'il y avait dans un testament des conditions naturellement impossibles, ou contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, les dispositions que le testateur en ferait dépendre ne laisseraient pas d'avoir leur effet, quoique ces conditions n'en eussent aucun. (C civ. 900.)

---

* 1 *Ricard*, *Donat.*, *part.* 1*er*, *ch.* 6, *s.* 1, *No.* 1044. } Car quoiqu'il soit de la nature des donations entre-vifs, qu'il ne soit pas au pouvoir de la faire valoir, ou de la rendre sans effet, cela n'empêche pas qu'il ne puisse être stipulé qu'elle sera valable, ou qu'elle demeurera sans exécution en un certain cas, pourvû qu'il soit défini, et qu'il ne dépende pas absolument de la volonté du donateur ; car cette donation

qui est faite pour avoir son effet en un cas, ne laisse pas d'être parfaite en sa disposition dès l'instant de la donation, quoique la condition ne soit pas échûe ; de sorte qu'il n'est plus en la liberté du donateur, de faire que le don soit valable ou non : mais il a sa subsistance nécessaire, au cas de la condition ; ce qui suffit pour l'essence de la donation entre-vifs, la Loy ne désirant autre chose, sinon que la révocation ne dépende pas de la volonté du donateur.

---

* 5 *N. Denizart*, *Vo. Condition*, § II, *p.* 113 *à* 116. } 3. Une seconde conséquence du principe, que la condition doit consister dans un événement susceptible d'arriver ou ne pas arriver ; c'est que le fait mis pour condition doit être possible. La condition impossible, sous laquelle on fait une promesse, rend l'acte absolument nul, soit que la condition consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose, comme si je vous avais promis une somme sous cette condition : *si vous faites un triangle sans angles*, ou, *si vous ne mourez pas*, *si vous ne buvez ni ne mangez pendant six mois.*

Cette décision n'a pas lieu par rapport aux testamens. Suivant les loix romaines, adoptées sur ce point parmi nous, du moins en partie, le legs fait sous une condition impossible, n'en est pas moins valable, et la condition est regardée comme non écrite. *Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, nec-non in fideicommissis et libertatibus, pro non scriptâ habetur :* Inst., § 10, *de hæred. inst.* La même décision est répétée dans une infinité de textes.

Les loix romaines ne s'expliquent pas clairement sur le motif de cette distinction. Il paraît seulement qu'elle a eu quelque peine à s'établir : OBTINUIT, dit la loi 3, ff. *de cond. et dem.*, *impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas.*

Les docteurs ont voulu suppléer à ce silence des loix.

Vinnius, sur le § cité des Institutes, dit qu'il est manifeste que ceux qui, en contractant, apposent ou laissent apposer

une condition qu'ils savent être impossible, n'ont aucune envie de s'obliger, ni d'obliger les autres envers eux, mais qu'ils s'amusent, qu'ils plaisantent ; en un mot, qu'ils croient faire un acte de nulle valeur. Mais, ajoute cet interprête, un testateur qui rédige ses dernières volontés, tout occupé de la mort et des pensées les plus sérieuses, ne peut pas être présumé avoir voulu faire un badinage, qui serait de sa part une espèce d'impiété ; on doit croire plutôt que, s'il a mêlé à la disposition quelque condition ridicule, c'est une faute d'expressions, *mendum*, que la faveur des dernières volontés doit faire disparaître. La loi ne veut pas, ajoute Vinnius, que cette faute, si elle se trouve dans l'institution d'héritier, nuise aux autres dispositions du testament que l'on suppose raisonnable. Il cite à l'appui de cette interprétation, la loi 1, ff. *cond. inst.* qui paraît dire en effet que la condition impossible dans une institution d'héritier, doit être regardée comme un vice d'écriture : *Sub impossibili conditione* VEL ALIO MENDO *factam institutionem placet non vitiari.* Il invoque aussi, par argument à sens contraire, la loi 3, ff. *de oblig. et act.*; où, après avoir décidé que les conditions impossibles apposées dans un contrat, le rendent sans effet, on en donne cette raison : *Quia in eâ re* QUÆ EX DUORUM PLURIUMVE CONSENSU AGITUR, *omnium voluntas spectatur ; quorum procul dubio* IN HUJUSMODI ACTU *talis cogitatio est, ut nihil agi existiment appositâ eâ conditione quem sciant esse impossibilem.* C'est ainsi que la plupart des interprêtes résolvent la difficulté.

Selon Grotius, cité par Vinnius au même endroit, cette distinction des loix romaines ne convient pas à nos mœurs. La règle fondamentale est d'interprêter les testamens suivant la volonté du défunt.

Il est impossible de voir autre chose qu'un jeu dans des dispositions, ainsi conçues ; si Titius boit tout l'eau de la mer, ou si Titius touche le ciel avec son doigt, je lui donne mille sexterces. Il n'y aurait qu'un insensé qui pût croire à la possibilité de pareilles conditions, et d'autres semblables, que les loix romaines donnent pour exemple, en parlant de legs faits

sous des conditions impossibles, et en déclarant ces legs valables.

Ricard dans son Traité des dispositions conditionnelles, No. 226, ne doute pas que, " s'il apparaissait clairement, ce sont ses expressions, que l'intention du testateur eût été de rendre le legs inutile par l'apposition d'une condition impossible, ou qu'il crût que la condition fût possible, le legs en ce cas devrait demeurer sans exécution ".

Ce sentiment de Ricard est susceptible de beaucoup de difficultés. Nous croyons que l'on peut seulement douter si un legs dont les termes annonceraient plutôt un jeu qu'une disposition sérieuse, serait déclaré valable en pays coutumiers; nous voulons parler des legs ainsi conçus : *Si Titius a bu toute l'eau de la mer, je lui donne, etc.*, et autres semblables. Les arrêtistes ne citent point d'exemples de pareilles dispositions, qui aient été confirmées.

4. Une condition peut être impossible par elle-même, et absolument ; elle peut ne l'être qu'à raison d'une circonstance qui y est ajoutée. Tel est le legs qui ne doit avoir lieu que dans le cas où le légataire aura fait construire un édifice *en trois jours*. Une condition pareille se divise ; il n'y a que la clause impossible qui s'évanouit ; le reste demeure en son entier.

5. Il ne faut pas non plus confondre avec les conditions impossibles, celles qui sont simplement difficiles, eu égard aux moyens et à la situation des personnes, quoique cette difficulté équivaille presque à une impossibilité.

Nous parlons au § V, No. 2, de l'impossibilité survenue par accident, postérieurement à l'époque du testament ou de la donation.

6. Ce qui est illicite, est regardé en droit comme impossible, suivant la belle pensée du jurisconsulte Papinien : *Quæ facta cædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, quæ contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est ;* leg. 15, ff. *de cond. inst.* Ainsi une condition est censée impossible, et nulle par conséquent, soit dans

les testamens, soit dans les contrats, lorsqu'elle blesse les loix ou les bonnes mœurs.

Il ne faut pas regarder comme contraire aux loix, la condition d'une chose qui est contraire à une loi dont il est facile d'obtenir dispense ; par exemple, si on lègue à quelqu'un sous la condition qu'il épousera sa cousine au troisième ou quatrième degré.

7. En général, les conditions qui sont contraires à la liberté des mariages, sont réputées contre les bonnes mœurs. Voyez les lois 22, 72, 79 et 100 ff. *de condit. et demonst.;* et la loi 65, § I, ff. *ad senatusc. treb.*

Ce principe reçoit quelques exceptions.

Ainsi, 1o. on ne regarde point comme contraire à la liberté, la condition d'épouser telle personne, lorsqu'elle est imposée à celui à qui l'on fait une libéralité.

Il en est autrement de la convention, par laquelle quelqu'un s'engage à donner une somme dans le cas où il n'épousera pas telle personne.

C'est ce que décide Papinien dans la loi 71, § ff. *de condit. et demonstr.* La raison qu'il en donne est, qu'il est fort différent d'être engagé à se marier par le désir de jouir d'un bienfait, ou d'être empêché de se marier à son gré par la crainte de subir une peine.

2o. Il est permis à un testateur d'imposer au légataire la condition de ne pas épouser certaines personnes qu'il désigne : *leg.* 63 *et* 64, ff. *de cond. et dem.*

3o. La condition imposée au légataire de ne point passer à de secondes noces est valable ; *Novell.* 2, *chap.* 43, 44.

On trouve de plus grands détails sur cette matière dans Ricard, Des disp. cond. *No.* 244 *et suiv.*

Aux termes de l'ordonnance des substitutions, *tit.* 1, *art.* 425, " la condition de se marier est censé avoir manqué, et celle de ne se point marier, dans le cas où elle peut être valable est censée accomplie lorsque la personne à qui l'une ou l'autre de ces conditions a été imposée a fait profession solennelle dans l'état religieux ".

Un arrêt célèbre, rendu en la troisième chambre des enquêtes, le 15 mars 1720, et rapporté au Journal des audiences, a déclaré nulle la condition imposée par un ayeul dans l'institution d'héritier faite en faveur de son petit-fils, mineur, d'épouser une certaine personne, à laquelle l'ayeul donnait ses biens, en réduisant son petit-fils à sa légitime, s'il ne voulait pas l'épouser.

Un autre arrêt rendu au parlement de Toulouse en la grand'-chambre, le 28 août 1727, n'a pas non plus eu égard à la condition imposée par un testament à une fille, d'épouser son cousin-germain, appelé pour recueillir les biens du testateur, si elle n'épousait pas ce cousin. L'espèce de ce dernier arrêt est rapportée, avec quelque détail, dans Augeard, *tom.* 2, *No.* 189.

Ces deux arrêts, ayant été rendus d'après des circonstances particulières, ne sont pas contraires au principe établi précédemment.

8. Les loix ont condamné les conditions qui tendaient à enchaîner la liberté des légataires : par exemple, celles qui sont faites en ces termes : *au cas qu'il ne sorte pas de tel lieu:* leg. 7, § II, *de cond, et dem.* Il est en effet de l'intérêt public que les citoyens puissent se porter partout où les appellent les besoins de la société et leurs propres affaires. Mais la condition serait valable, si elle bornait simplement la liberté du légataire avec raison et mesure ; comme si je faisais un legs à Pierre, en cas qu'il enseignât le reste de ses jours la philosophie dans tel endroit, ou en cas qu'il demeurât auprès de mes enfants pour prendre soin de leur éducation. On pourrait de même avoir égard à la condition, si elle lui interdisait seulement certains lieux.

---

* 2 *Maleville, sur art.* 900 *C. N.* } On a prétendu que quant aux dispositions entre-vifs, il y avait antinomie entre cet article et le 1172, qui dit que *toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la*

loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend ; dans l'article actuel, la condition est regardée comme non écrite, et ne vicie pas la disposition.

Il n'y a pas d'antinomie, parce que l'art. 1172 parle des conventions en général, et que notre article ne parle que des dispositions entre-vifs ou testamentaires : il est seulement l'exception de l'autre, et chacun peut être exécuté.

---

* 2 *Pothier, Oblig.,* No. 204. } 244. Il faut, 3o. pour qu'une condition soit valable, et qu'elle suspende l'obligation, que ce soit la condition d'une chose possible, licite, et qui ne soit pas contraire aux bonnes mœurs.

La condition d'une chose impossible, illicite, ou contraire aux bonnes mœurs, sous laquelle quelqu'un promettait quelque chose, rend l'acte absolument nul, lorsqu'elle est *in faciendo ;* et il n'en naît aucune obligation (L. 1, § 11, ff. *de Ob. et act. ;* L. 31, *eod. tit. ;* L. 7, ff. *de Verb. oblig.*) *;* comme si je vous avais promis une somme sous cette condition, *si vous faites un triangle sans angles*, ou sous celle d'aller tout nu dans les rues.

Il en est autrement dans les testaments. Les legs qui seraient faits sous de pareilles conditions, n'en sont pas moins valables, et la condition est regardée comme non écrite, ce que la faveur des dernières volontés a fait établir ; L. 3, ff. *de Cond. et dem. ;* L. 104, § 1, ff. *de Legat.*, 1o.

Lorsque la condition impossible est *in non faciendo*, comme si je vous avais promis une somme *si vous n'arrêtiez pas le cours du soleil*, elle ne rend pas nulle l'obligation sous laquelle elle est contractée. Cette condition n'a aucun effet, et l'obligation est pure et simple ; L. 7, ff. *de Verb. oblig.* Mais la condition " de ne pas faire une certaine chose qui est contraire aux mœurs ou aux lois ", peut rendre l'acte nul, parce qu'il est contraire à la justice et à la bonne foi de stipuler une somme pour s'abstenir d'une chose dont nous sommes d'ailleurs obligés de nous abstenir.

[ARTICLE 760.]

* 8 *Pothier, Donat. test.*, *No.* 86 *à* 89. } 86. Du principe que nous avons établi en l'article précédent, " qu'il était de la nature des legs qu'ils eussent pour motif principal, la bienveillance du testateur envers les personnes à qui ils sont faits," il paraît s'ensuivre que ceux que le testateur fait plutôt et plus principalement par le motif de punir son héritier, que par celui de faire du bien aux légataires, devraient être déclarés nuls.

Par le droit du Digeste, ces legs qu'on appelait *pœnæ causâ relictâ*, parce que *magis puniendi et coercendi hæredis causâ, quàm benè faciendi legatario relicta videbantur*, étaient nuls. Voy. le titre du Digeste *de his quæ pæn. caus. relinq.* Ulpien apporte pour exemple d'un legs fait *pœnæ causâ*, celui-ci : *Si filiam tuam in matrimonio Titio collocaveris, decem millia Seïo dato*, Ulpien, tit. *de Leg.* § 17, parce que, dans cette espèce, le testateur paraît plutôt avoir en vue d'empêcher son héritier de marier sa fille à Titius, et de le punir s'il le fait, que de faire du bien au légataire.

87. Au reste, il fallait en ce cas examiner avec grand soin quelle avait été la volonté du testateur, et si effectivement sa vue principale avait été de punir l'héritier par le legs dont il le grevait, ou simplement d'apposer une simple condition à ce legs ; car, comme dit la Loi 2, ff. *de His quæ pæn. caus. pœnam à conditione voluntas testatoris separat.* Justinien a abrogé l'ancien droit, et a admis le legs *pœnæ causâ*, dans le cas où l'héritier ferait ou ne ferait pas quelque chose, pourvu que la chose que le testateur ordonnerait ne fût pas une chose contraire à l'honnêteté publique, ou aux lois. *L. unica.* Cod. *de His quæ pæn. caus.*

88. Je crois que nous devons suivre cette loi de Justinien en ce sens, que les legs ne doivent pas être présumés faits *pœnæ causâ ;* mais lorsqu'il est évident que le testateur ne fait le legs que *puniendi hæredis causâ*, je penserais que le droit du Digeste, comme plus conforme aux principes sur la nature des legs, devrait être suivi.

Ce dont on ne peut douter est, que, si le legs, dont le testateur

a grevé son héritier, avait été fait dans la vue qu'aurait eue le testateur de se mettre au-dessus des lois, et de faire réussir quelque chose que les lois défendent, le legs serait nul ; comme si quelqu'un avait légué ainsi : *Si mon héritier fait une telle contestation à ma femme, je lègue mes biens*, ou *je lègue telle chose à l'hôpital.*

89. Pareillement, si le legs ou fidéicommis dont un héritier ou premier légataire est grevé, tend à interdire à cet héritier ou premier légataire, une chose à l'interdiction de laquelle l'intérêt public ou les bonnes mœurs s'opposent, ce legs, ou fidéicommis sera nul, *tanquam pœnæ causâ relictum;* par exemple, s'il avait été légué quelque chose à une fille, qu'elle eût été chargée de restituer à un tiers, *au cas qu'elle se mariât*, ce fidéicommis dont elle est grevée, *au cas qu'elle se marie*, est nul, *commodè statuitur etsi nupserit non esse cogendum fideicommissum præstare.* L. 22, ff. *de Condit. et demonst.* La raison est que ce fidéicommis dont cette fille est chargée, tend à la détourner du mariage, ce qui est contraire à l'utilité publique.

Cette loi est suivie parmi nous ; il y a un arrêt du 25 juin 1716, dans la même espèce, rapporté au 6e vol. du *Journal des Audiences* (liv. 6, ch. 48).

Il en serait autrement du fidéicommis dont serait grevée une veuve par son mari, *dans le cas auquel elle se remarierait*, surtout lorsqu'elle a des enfants de son premier mariage.

---

* 1 *Troplong*, *Donat.*, *No.* 212 *à* 218, *et Nos.* 221, 234. } 212. Ceci nous conduit à l'examen d'un autre caractère de la disposition conditionnelle. La condition doit non-seulement être d'un fait futur, mais il faut aussi qu'elle soit d'une chose possible et licite. Ce point demande quelques développements.

D'abord le Code déclare que, soit dans les donations entre-vifs, soit dans les testaments, les conditions impossibles ou illicites sont considérées comme non écrites. Ces sortes de

conditions ne rendent donc pas les libéralités conditionnelles; elles demeurent toujours pures et simples.

Il faut remarquer que le Code a innové à l'égard de la donation. Car autrefois on appliquait à ce genre de dispositions gratuites les principes relatifs aux contrats, c'est-à-dire qu'on déclarait la disposition nulle pour le tout. En effet, dans les contrats, ce n'est souvent que pour éluder un engagement qu'on a recours à la condition impossible. Telle est la réponse des habitants de Demnos à Miltiade, qui les sommait de se mettre sous la domination d'Athènes : " *Nous le ferons*, dirent-" ils, *quand vous viendrez ici de chez vous avec une flotte par* " *un vent du nord*." C'était bien dire qu'ils ne voulaient pas se soumettre.

D'après le Code, la libéralité n'est pas nulle ; il n'y a que la condition impossible qui le soit.

Doit-on s'étonner que les lois aient donné des effets différents aux conditions impossibles et illicites, dans les testaments et les contrats ? Vinnius en donne les raisons suivantes : " Il est évident, dit-il, que ceux qui, en contractant, apposent ou permettent qu'on appose une condition qu'ils savent être impossible ou contraire aux bonnes mœurs, n'ont aucune envie de s'obliger ou d'obliger les autres envers eux. C'est de leur part un jeu, un acte non sérieux. Ils veulent échapper à une obligation valable. Mais un testateur qui dicte ses dernières volontés, tout occupé de l'idée de la mort et des plus sérieuses réflexions, ne peut pas être présumé avoir voulu faire un badinage, qui serait de sa part une espèce d'impiété. On doit croire plutôt que s'il a mêlé à la disposition quelque condition bizarre ou ridicule, c'est une erreur, *mendum*, comme dit Ulpien, que la faveur des dernières dispositions doit faire disparaître."

En raisonnant ainsi, Vinnius ne fait que reproduire sous une face nouvelle ce qu'avait dit Doneau, qui, après avoir examiné la question sous toutes ses faces, conclut ainsi: " *Hærede sub impossibili conditione instituto, verba indicant testatorem voluisse hæredem esse eum quem instituit ; alioquin*

non instituisset. Proinde vult ea quoque, sine quibus ille hæres esse non potest (L. illud. D. De acq. hæred). Jam vero non potest hæres esse, nisi detracta conditione impossibili. Quare, hoc quoque velle testator intelligitur, ut detrahatur."

213. Cependant des jurisconsultes d'un grand poids, Grotius, par exemple, ont rejeté cette distinction comme contraire à la raison. M. Toullier est de leur avis; il regrette que le Code Napoléon ait adopté le système des lois romaines. M. Merlin partage avec lui ces regrets; et ce sentiment paraît dominant dans la doctrine.

214. Cette controverse est bien ancienne; ceux qui l'ont soulevée contre les lois romaines et contre le Code Napoléon auraient été bien plus fermes dans leur opposition, s'ils avaient su que Caïus, dans ses Institutes trop longtemps perdues, les avait précédés dans cette voie, et avait déclaré que la différence que l'on mettait entre les legs et les contrats ne pouvait s'expliquer par aucune raison solide: " *Et sane, vix inodea diversitatis ratio reddi potest.*" Il faut savoir, en effet, que la dispute de nos jours divisait aussi les grandes écoles de Rome, et que si les Sabiniens voulaient que la condition fût considérée comme simplement non écrite dans les legs, les Proculéiens soutenaient que le legs ne devait pas être moins nul que le contrat. Or, quoique Caïus fût Sabinien, le voilà qui abandonne son drapeau et se range à la doctrine des Proculéiens. N'est-ce pas là un motif sérieux de douter ?

215. Je pense cependant que la disposition du Code Napoléon est la plus prudente et la meilleure, et je ne m'étonne pas que les Sabiniens l'aient emporté sur leurs adversaires. S'ils ont trouvé des convictions récalcitrantes, c'est peut-être la faute des interprètes qui n'ont pas assez mis en lumière toutes leurs distinctions. Mais quand on s'est bien pénétré des nuances habiles de leur système, rien ne paraît plus facile que de concilier les esprits à l'art. 900. Un peu de réflexion en éloigne peut-être : beaucoup de réflexion y ramène.

Je m'explique.

Nous verrons tout à l'heure qu'il y a plusieurs sortes d'impossibilités : les impossibilités de nature, les impossibilités de droit, les impossibilités de fait. Qu'est-il arrivé ? C'est que le jurisconsulte Pomponius, voulant citer un exemple aussi frappant qu'il le pouvait de la règle qui supprime les conditions impossibles, a posé une hypothèse prise d'une impossibilité de nature ou le testateur va jusqu'à la dernière limite : *Titius si digito cœlum tetigerit, hæres esto.* Là-dessus, les interprètes se sont évertués à expliquer pourquoi cette disposition devait sortir à effet, malgré l'ineptie de la condition. Ils ont dit qu'il fallait supposer une erreur d'écriture, un trouble du testateur en présence de la mort, et autres choses dont la raison n'est pas entièrement satisfaite. Alors, Grotius, profitant du côté faible de ces explications, a demandé s'il n'était pas plus vrai de dire qu'une telle disposition était insensée, et s'il ne valait pas mieux la traiter comme telle, c'est-à-dire l'annuler. De très-bons esprits ont trouvé cette observation excellente.

Ce n'est pas cependant une découverte de Grotius : les jurisconsultes de l'école Sabinienne y avaient sérieusement pensé. Modestin, par exemple, veut qu'en pareil cas on commence toujours par se demander si le testateur a été *mentis compos*, et que si l'affirmative a été trouvée vraie, on n'hésite pas à déclarer son testament nul. Mais comme un testateur peut mettre dans son testament des choses dérisoires, bizarres, ineptes, ridicules, sans être pour cela insensé, la question de la suppression de la condition reste entière, et alors l'observation de Grotius ne porte pas. C'est pourquoi le même Modestin n'étant plus arrêté par la démence caractérisée du testateur, se prononce pour le retranchement de la condition.

216. Voilà donc une première distinction ; elle est fort grave ; elle jette un grand jour sur l'art. 900. Cet article ne s'oppose pas le moins du monde à ce que l'on recherche l'état d'esprit du testateur : il se concilie à merveille avec l'art. 901 qui exige que le testateur soit en possession de toute sa raison, pour faire un testament valable. Mais l'art. 900 ne veut pas

plus que Modestin, qu'un testament soit déclaré nul parce que le testateur aura mis à sa libéralité des conditions extraordinaires et forcées. C'est bien connaître le cœur humain que de savoir qu'on rencontre des hommes très-singuliers, très-bizarres, très-inconséquents, qui pour cela ne sont pas fous.

En général la pensée de la mort inspire les idées les plus graves; il y a cependant des personnes qui se font une gloire de s'en moquer. Quand on ne veut pas se singulariser, on recueille, en faisant son testament, ses réflexions les plus religieuses et les plus méditées. Mais quand on vise à l'originalité, on se fait un jeu de ce rôle solennel de législateur domestique. La mort rend tous les hommes égaux ; mais son approche ne fait pas que le sage meure comme le fanfaron. Théramène, condamné par les trente tyrans, montre sa constance, par un bon mot en face de son heure suprême ; c'était la grandeur d'âme du sage, plein de l'espoir d'une autre vie. Mais quand le laquais dont parle La Rochefoucault se mit à danser sur l'échafaud où il allait être roué, ce n'était que la caricature du courage et la bravade d'un homme de rien. L'humanité est pleine de ces exagérations qui visent à l'effet et offrent la ridicule grimace d'un bon sentiment. A part de rares et mémorables exceptions, je suis de l'avis de La Bruyère : " Toute " plaisanterie dans un homme mourant, est hors de sa place." Pourtant, beaucoup d'hommes ont voulu être plaisants dans ce moment suprême, et les païens surtout aspiraient à ce genre de mérite. Ne disons pas qu'ils étaient insensés. Ils ont été ridicules ou vains, quand ils n'ont pas été sublimes. Chacun a sa manière de traduire ses impressions. Celui-ci fera à son héritier une mauvaise plaisanterie, comme on joue avec un enfant à qui l'on donne une friandise. Celui-là fera la plaisanterie sur lui-même. L'un se livrera à des combinaisons bizarres ; l'autre à des conceptions cyniques. Tous ont eu la prétention d'être esprits forts et de montrer qu'ils méprisaient la mort, ne sachant pas qu'il faut se borner à ne pas la craindre. Voilà ce qui explique beaucoup de conditions

testamentaires empreintes d'une singularité extrême, dont les lois romaines ont donné des exemples, et qui sont beaucoup plus rares dans nos mœurs. En pareil cas, qu'a fait la sagesse des jurisconsultes? Elle a rejeté ces conditions, parce que bien qu'inexécutables, elle n'excluent pas en général la volonté de donner qui soutient la disposition.

Pomponius a cité un exemple célèbre : J'institue Titius pour mon héritier, s'il touche le ciel avec la main. Je ne sais si cette hypothèse est imaginaire, ou si Pomponius l'avait rencontré dans ses études. Quoi qu'il en soit, il faut dire que si le testateur n'était pas atteint de folie, sa disposition est celle d'un homme qui a voulu faire une plaisanterie à son héritier, ou donner à sa pensée une forme bizarre. Regardez-y de près ; c'est comme s'il avait dit : J'institue Titius mon héritier pur et simple. Car toucher le ciel avec la main est chose impossible ; et comme on n'entreprend pas l'impossible, et qu'à l'impossible nul n'est tenu, Titius n'aura rien à faire pour être mon héritier.

217. A cela on ne saurait opposer avec solidité l'exemple des contrats. Quand on contracte, et que l'on met à son engagement une condition absurde et impossible, il est clair qu'on n'a pris cette tournure, que parce qu'on ne voulait pas s'engager. Vous me demandez de m'acheter ma terre ; je vous réponds par un refus. Vous insistez ; alors, pour en finir, je vous écris : " Vous aurez ma terre quand vous aurez bu toute " l'eau de la mer.' C'est répondre par une plaisanterie à une proposition qui n'a pas paru sérieuse.

Mais si faisant un acte spontané, comme l'est un testament, je dis : " J'institue Titius s'il boit toute l'eau de la mer," le résultat sera tout autre. Je ne suis pas provoqué à faire une libéralité ; je n'ai pas eu de motif d'aversion. Si j'avais été sous le coup de la contrainte, la même puissance qui m'ôtait ma liberté, m'aurait empêché d'ajouter à mon bienfait une condition impossible ; j'ai agi librement ; j'ai voulu donner. Seulement, " la singularité m'a plu dans une matière si sé- " rieuse et si profonde." J'ai voulu rire dans un acte que

d'autres n'abordent qu'avec effroi. Mais cette condition, appelée dérisoire par Marcianus, ne compte pas; c'est une formule étrange qui exclut tout acte à faire de la part de l'héritier, puisque tout acte tenté par lui se heurterait contre l'impossible.

221. Nous faisons donc deux exceptions à l'art. 900. La première a lieu si le testateur est atteint de démence; la seconde, s'il a voulu ne pas donner dans un acte fait ordinairement pour donner. Mais nous disons que, hors ces deux exceptions, qu'on n'admettra jamais, notez ceci, sans preuves déterminantes, l'art. 900 est une règle très-sage, très-prudente et qu'il ne faut pas critiquer légèrement.

234. Il est maintenant à propos de passer en revue quelques conditions qui ont fixé l'attention des jurisconsultes, et qui ont été signalées comme non écrites parce qu'elles sont contraires aux lois et au mœurs. D'après Cujas, on les juge non pas seulement au point de vue des bonnes mœurs civiles: "*Non tantum intelligimus contra naturales* (*bonos mores*), *sed* "*etiam contra civiles.*" En voici des exemples: contracter un mariage incestueux, porter un habit déshonnête ou même un habit étranger, un habit d'homme quand c'est à une femme que le legs s'adresse, ou un habit de femme quand c'est un homme qui est gratifié; ne pas racheter son père de la captivité, ou ne pas lui fournir des aliments; commettre un meurtre, tenir un lieu de débauche, et en général ce qui est contre la piété, la réputation, la pudeur et la décence, ou, comme dit le jurisconsulte Marcianus: "*Contrà edicta imperatorum, contra leges, aut quæ legis vicem obtinent, quæ contra bonos mores vel derisoriæ sunt.*"

Voy. C. C. B. C., art. 1080.

---

* *C. N.* 900. } 900. Dans toute disposition entre-vifs ou testa-
" 1172. } mentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois et aux mœurs, seront réputées non écrites.

1172. Toute conditions d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DES DONATIONS ENTREVIFS.

SECTION I.

DE LA CAPACITÉ DE DONNER ET DE RECEVOIR PAR DONATION ENTREVIFS.

761. Toutes personnes capables de disposer librement de leurs biens peuvent le faire par donation entrevifs, sauf les exceptions établies par la loi.

CHAPTER SECOND.

OF GIFTS "INTER VIVOS".

SECTION I.

OF THE CAPACITY TO GIVE AND TO RECEIVE BY GIFT "INTER VIVOS".

761. All persons capable of disposing freely of their property, may do so by gift *inter vivos*, save the exceptions established by law.

---

* 8 *Pothier*, *Donat.*, *p.* 348 *à* 350. } 4. La donation entre-vifs étant du droit des gens, il s'ensuit que les personnes qui jouissent du droit des gens, quoiqu'elles ne jouissent pas du droit civil, peuvént donner entre-vifs. C'est pourquoi les aubains peuvent donner entre-vifs, quoiqu'ils ne puissent pas le faire par testament. La raison de différence est que le testament appartient en entier au droit civil : le droit de tester ne peut par conséquent appartenir qu'aux citoyens pour qui la loi civile est faite ; au lieu que la donation entre-vifs étant une convention, elle est, comme nous l'avons dit, du droit des gens auxquels les aubains participent.

5. Si les religieux ne peuvent donner, ce n'est pas parce qu'ils sont privés des droits civils ; mais c'est que ne pouvant rien avoir, ils n'ont rien qu'ils puissent donner.

[ARTICLE 761.]

Ceux qui, étant hors du cloître, ont un pécule, peuvent disposer par donation entre-vifs des effets de leur pécule.

6. Les femmes mariées étant inhabiles à faire quoi que ce soit, si elles ne sont autorisées par leurs maris, elles ne peuvent, sans autorisation de leurs maris, donner entre-vifs ; mais elles le peuvent avec son autorisation.

7. Les mineurs de vingt-cinq ans ne peuvent donner entre-vifs, parce que la loi civile les prive, à cause de l'infirmité de leur âge, de la disposition de leurs biens.

S'ils étaient émancipés, soit par le mariage, soit par lettres, ils pourraient donner entre-vifs des effets mobiliers, l'émancipation leur donnant le droit de disposer de ces sortes de choses, mais ils ne pourraient donner aucun immeuble, toute aliénation de leurs immeubles leur étant interdite.

8. Il est évident que les insensés ne peuvent donner, puisque la donation renferme un consentement dont ils ne sont pas capables. Cela a lieu, quoique l'insensé ne fût pas interdit par sentence lors de la donation qu'il aurait faite ; mais, en ce cas, c'est à ceux qui l'attaqueraient à justifier qu'au temps de la donation, le donateur n'avait pas l'usage de la raison.

9. Il en est autrement du prodigue ; il n'est pas par lui-même incapable de donner, puisqu'ayant l'usage de la raison, il est capable de consentement ; il ne l'est que par la sentence du juge, qui, en le privant de l'administration de l'aliénation de son bien, le rend incapable de donner ; d'où il suit que les donations qu'il aurait faites avant cette sentence, quoiqu'il méritât lors l'interdiction, sont valables.

Si un interdit, pour cause de démence, avait recouvré la raison, et qu'il eût fait depuis une donation, avant néanmoins que d'avoir été relevé par sentence, la donation serait-elle valable ?— Ricard dit qu'oui (1re part., ch. 3, sect. 3, No. 147). La loi première, ff. *de Curat. furioso*, semble autoriser son sentiment ; car en parlant des fous et des furieux, elle dit : *Tamdiù erunt ambo in curatione quamdiù vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit. Quod si evenerit ipso jure desinunt esse in potestate curatorum.*

Cet auteur conclut de ces mots, *ipso jure*, que l'interdit qui a recouvré la raison, recouvre de plein droit, et sans qu'il soit besoin d'une sentence du juge qui le relève, la faculté de disposer de ses biens ; et en conséquence il pense que le donataire peut défendre la donation qui lui a été faite, en justifiant que le donateur, lors de la donation, avait recouvré la raison.—Je pense qu'il serait dangereux d'admettre, en ce cas, un donataire à la preuve d'un pareil fait ; et que le donateur qu'on prétend avoir recouvré la raison, doit demeurer sous l'interdiction jusqu'à ce qu'il se soit fait relever. En cela il ne souffre aucun tort, puisque ne tenant qu'à lui de faire constater au juge du recouvrement de sa raison, il doit s'imputer s'il ne l'a pas fait. Quant à la loi première, ff. *de Curat. furios.*, où il est dit : *Ipso jure desinunt esse in curatione*, Wissembach, *ad hunc titulum*, remarque que cela doit s'entendre avec cette limitation, *ita tamen ut priùs judici de receptâ mentis sanitate, aut sanis moribus constare fecerint.*

10. Un sourd et muet, qui ne sait pas écrire, ne peut donner des signes certains de sa volonté, d'où il suit qu'il est dans le cas de l'interdiction, et par conséquent qu'il ne peut donner entre-vifs. Il en est autrement de celui qui est seulement sourd ou muet.

11. Un malade, de la maladie dont il meurt par la suite, cesse d'être capable de donner entre-vifs, dès que sa maladie se déclare avoir un trait prochain à la mort. Les coutumes de Paris, art. 277, et d'Orléans, art. 297, en ont des dispositions. Elles disent que : " Toutes donations, encore qu'elles soient " conçues entre-vifs, faites par personnes gisant au lit malades " de la maladie dont elles décèdent, sont réputées faites à " cause de mort, et testamentaires, et non entre-vifs."

La raison de ces dispositions est que les donations faites par personnes qui sont en cet état, ne peuvent plus avoir le caractère de libéralité propre aux donations entre-vifs, lequel consiste à préférer pour les choses données le donataire à soi-même : *Qui inter vivos donat, mavult donatarium habere quàm se.* Elles n'ont que celui des donations pour cause de mort,

qui consiste à préférer le donataire, non pas à soi, mais à tout autre : *Qui donat mortis causâ, mavult se habere quàm donatarium, donatarium autem magis quàm suum hæredem.* En effet, on ne peut pas dire, à proprement parler, qu'un donateur, qui se voit toucher à sa fin, préfère le donataire à lui-même, lorsqu'il lui donne une chose qu'il ne peut plus conserver, et que la mort lui va enlever.

---

* 1 *Troplong, Donat.*, No. 509. } 509. Nous avons examiné précédemment si la donation et le testament sont de droit naturel, et nous avons résolu par l'affirmative cette question simple en elle-même, mais trop obscurcie par de longs préjugés. La conséquence de cette solution est que la capacité de donner et de tester est de droit commun, c'est-à-dire qu'elle appartient à tout le monde, si ce n'est à ceux que la loi en a expressément privés.

Autrefois les jurisconsultes n'étaient pas plus d'accord sur ce point que sur celui dont il est le corollaire. Doneau disait formellement : *Omnes testamentum facere possunt, qui non prohibentur.* Au contraire, Osuald Hilliger, son annotateur, est d'avis que nul ne peut tester, excepté ceux à qui la loi le permet, et Furgole incline vers cette opinion, sur le fondement de la loi 3, D., *Qui test. facere possunt*, portant : " *Testamenti " factio non privati sed publici juris est.*" Mais de ce que le droit public intervient dans les testaments et les libéralités pour en prévenir les abus, il ne s'ensuit pas qu'il les enlève au droit naturel pour l'essence et le fond. La disposition de la propriété est de droit naturel, comme la propriété même. Quiconque est propriétaire a le droit de disposer de sa chose, soit entre-vifs, soit à cause de mort. Telle est la règle souveraine; il faut une exception expresse et spéciale pour la faire fléchir. Quand on pense autrement, c'est qu'on ne part pas des vrais principes sur lesquels repose le droit de propriété. On limite ce droit souverain dans une de ses plus légitimes conséquences.

Tenons donc pour certain que, quiconque n'est pas privé par interdiction du droit de tester, jouit de cette prérogative éminente. Il suit de là que la présomption est en faveur de la capacité, et cette présomption ne cesse que par une preuve contraire tirée du texte de la loi. En voici un exemple :

Autrefois, on cherchait très-savamment si les eunuques peuvent tester, et plusieurs jurisconsultes, se mettant en frais d'observations physiologiques, leur refusaient ce pouvoir: " *Quia non pubescunt et quia nec viri nec mulieres, sed tertium* " *genus habiti.*" C'était très-spirituel et très-ingénieux ; mais était-ce concluant ? Accurse s'en tirait par une autre raison peu digne de la gravité d'un jurisconsulte. " *Non habent testes,* " dit-il, *quos testamentum requirit.*" Notre texte écarte de pareilles questions : il en montre même la frivolité. La capacité civile est dans l'intelligence et non dans la conformation corporelle. Tout être intelligent est dans la communauté humaine et jouit du droit commun.

Notre article n'a pas donné le détail des incapacités que la sagesse du législateur a fait établir ; il se réfère aux dispositions éparses dans le Code. Essayons de les parcourir : car cette matière est importante, et c'est avec raison que la loi 4, D., *Qui test. facere possunt*, a dit : " *Si quæramus, an valeat* " *testamentum, in primis animadvertere debemus, anis, qui* " *fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem.*"

---

* *C. de Paris, art.* 279. } Il est loisible à toute personne âgée de vingt-cinq ans accomplis, et saine d'entendement, donner et disposer par donation et disposition faite entre-vifs, de tous ses meubles et héritages propres, acquêts et conquêts à personne capable. Et néanmoins celui qui se marie, ou qui a obtenu bénéfice d'âge entériné en justice, peut, ayant l'âge de vingt ans accomplis, disposer de ses meubles.

[ARTICLE 761.]

* 7 *N. Denizart, Vbis. Don. entrevifs*, § II, *p.* 23. } 1. La faculté de donner entre-vifs est un des effets de la propriété, du pouvoir qui en dérive de disposer de sa chose à son gré ; ainsi tout propriétaire peut donner entre-vifs, à moins que la loi ne lui en interdise la faculté.

2. Ceux auxquels la loi ôte la faculté de donner, sont :

1o. Les enfants au-dessous de l'âge de puberté, parce que la donation exige de la part du donateur un acquiescement personnel dont ils ne sont pas capables.

2o. Les insensés, par la même raison.

Que la personne insensée soit ou ne soit pas interdite, elle n'en est pas moins incapable de donner entre-vifs : ce n'est pas l'interdiction, mais son état qui constitue son incapacité. Voyez l'article *Démence*, *tom.* 6, *pag.* 182.

3o. Les interdits pour cause de prodigalité, sont incapables de donner entre-vifs. L'interdiction a pour objet de leur ôter la libre disposition de leurs biens, à cause de leur facilité à les dissiper.

4o. Il en est de même des mineurs, qui sont privés de cette faculté de disposer à cause de l'infirmité de leur âge.

L'émancipation donnant aux mineurs la libre disposition de leurs meubles, leur donne pareillement la faculté de les donner entre-vifs.

Quant aux immeubles, les mineurs qui ne peuvent pas en disposer à titre onéreux, ne peuvent point, à plus forte raison, en disposer à titre gratuit, seuls et par eux-mêmes. Ils ne le peuvent pas non plus avec l'assistance de leurs tuteurs ou curateurs, qui n'ont reçu de la loi aucun pouvoir d'autoriser les aliénations à titre gratuit.

5o. Les femmes mariées ne pouvant faire aucune convention en pays coutumier, sans l'autorisation de leurs maris, ne peuvent faire aucune donation entre-vifs sans la même autorisation.

La femme séparée de biens, ayant la libre disposition de ses meubles, peut les donner entre-vifs ; mais ne pouvant aliéner ses immeubles sans l'autorisation de son mari, elle ne

peut pas, quoique séparée, les donner entre-vifs sans la même autorisation.

6o. Les Religieux ne pouvant en général rien posséder, n'ont rien qu'ils puissent donner entre-vifs. Sur la question de savoir si ceux qui ont un pécule, peuvent disposer par donation entre-vifs des effets de leur pécule, voyez *Pécule*.

7o. Ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation aux galères perpétuelles ou autre peine capitale, ne pouvant plus contracter, ne peuvent point faire de donations entre-vifs.

8o. Un malade de la maladie dont il meurt par la suite, cesse d'être capable de donner entre-vifs, dès que sa maladie se déclare avoir un trait prochain à la mort. C'est l'objet du § suivant.

---

* 1 *Ricard, Donat., part. 1ère, ch. 3, sec. 2, No. 126.* } 126. Premièrement, nous devons travailler sur ce principe, que la Loy ou la Coutume du Pays permettant de disposer de ses biens par donation ou par testament, toutes les personnes qui lui sont soumises, peuvent se servir de cette faculté ; soit pour donner ou pour recevoir, à moins qu'elles n'en soient particulièrement exclues par quelqu'autre Loy prohibitive. Et même si la Loy n'interdit que la liberté de donner, celle d'accepter n'y est pas comprise : ou si l'interdiction n'est prononcée que pour le testament, on ne peut pas l'étendre à la donation entre-vifs ; et ainsi des cas contraires.

---

* 6 *Guyot, Vo. Donation, p. 169.* } En général, il est permis à toute personne majeure et saine d'entendement, de donner, et à toute personne majeure ou mineure de recevoir, à moins qu'il n'y ait quelqu'incapacité particulière dans la personne du donateur ou du donataire.

Les causes qui empêchent de donner, sont lorsque le donateur ne jouit pas de ses droits ; par exemple, si c'est un fils de famille, un muet et sourd de naissance, un interdit, etc.

:* 5 *Toullier*, *Nos.* 52, 53, 55, 56. } 52. La faculté d'acquérir et de posséder des biens tient au droit de propriété ; c'est un droit absolu dont la société garantit l'exercice à tous les associés.

Toutes personnes peuvent donc disposer et recevoir, soit par donation entrevifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables (902). On ne peut étendre les incapacités d'une personne ni d'un cas à l'autre.

53. On les divise en *absolues* et en *relatives :*

Les incapacités absolues empêchent de donner ou de recevoir indéfiniment, à l'égard de toutes personnes.

L'interdit et l'individu mort civilement sont dans l'incapacité absolue, le premier de donner, le second de recevoir.

Les incapacités relatives empêchent de donner à certaines personnes seulement, ou de recevoir d'elles.

Le médecin ne peut recevoir de son malade ; le mineur âgé de seize ans ne peut donner à son tuteur : ce sont des incapacités relatives. Celui qui est capable de recevoir n'est pas toujours capable de donner, et *vice versâ.* Enfin, on cherche souvent à éluder les lois relatives aux incapacités, et d'ailleurs, telle personne capable dans un temps ne l'est plus dans un autre.

55. " 1o. Pour pouvoir faire une donation entre-vifs, ou un " testament, il faut être sain d'esprit (901)."

56. Ce n'est point ici seulement un principe général commun à tous les actes, à tous les contrats ; c'est encore une disposition spéciale qui régit particulièrement les donations et testamens.

Les opinions avaient été partagées sur le point de savoir si l'article 504, qui porte qu'après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne peuvent être attaqués pour cause de démence qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès, devait être appliqué aux donations et testamens. Mais le doute est résolu, et la jurisprudence est fixée par un arrêt de la Cour de cassation, du 22 novembre 1810, rendu sur les conclusions de M. Merlin.

Il résulte de cet arrêt que l'art. 504 n'est applicable ni aux

donations ni aux testamens, qui sont spécialement régis par l'art. 901, lequel forme exception à l'art. 504, où le principe général est posé, et qu'en conséquence, ceux qui veulent attaquer une donation ou un testament peuvent articuler et être admis à prouver tous les faits qui sont de nature à établir que le donateur ou testateur, dont l'interdiction n'avait pas été provoquée de son vivant, n'était pas sain d'esprit à l'époque de la donation ou du testament, sans distinguer si ces faits ont ou n'ont pas constitué un état permanent de démence, et que cette preuve est admise, quoique les notaires aient inséré dans l'acte la clause inutile que le testateur était sain d'esprit et d'entendement, parce que le notaire qui rapporte un pareil fait excède son pouvoir : il n'est point nommé par la loi pour être juge de la capacité des parties.

Mais pour attaquer les libéralités faites par une personne dont l'interdiction n'a pas été provoquée avant sa mort, il faut alléguer et prouver des faits de démence positifs et concluans.

La présomption est toujours en faveur de l'acte : la démence ne se présume jamais. L'âge avancé du donateur, l'oubli de sa famille, l'importance du legs, la qualité peu élevée du donataire, ne suffiraient pas pour faire juger que le testateur n'était pas sain d'esprit.

La Cour de cassation, par arrêt du 18 octobre 1809, a confirmé un arrêt de la Cour d'appel de Caen, qui avait jugé valide le testament du sieur Le Guerney-de-Sourdeval, âgé de quatre-vingt-six ans, qui avait donné à ses domestiques universellement tous ses biens, que l'on prétendait excéder 1,500,000 fr.

---

* *C. N.* 902. } Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi déclare incapables.

[ARTICLE 762.]

762. Les donations conçues entrevifs sont nulles comme réputées à cause de mort, lorsqu'elles sont faites pendant la maladie réputée mortelle du donateur, suivie ou non de son décès, si aucunes circonstances n'aident à les valider.

Si le donateur se rétablit et laisse le donataire en possession paisible pendant un temps considérable, le vice disparait.

762. Gifts purporting to be *inter vivos* are void, as presumed to be made in contemplation of death, when they are made during the supposed mortal illness of the donor, whether it be followed or not by his death, unless circumstances tend to render them valid.

If the donor recover, and leave the donee in peaceable possession for a considerable time, the nullity is covered.

---

* *C. de Paris*, *art.* 277. } Toutes donations, encore qu'elles soient conçues entre-vifs, faites par personnes gisans au lit malades de la maladie dont elles décèdent, sont réputées faites à cause de mort et testamentaires, et non entre-vifs.

---

* 7 *Nouv. Denizart*, *Vbis. Don. entrevifs*, § III, *p.* 24. } 3. La plupart des coutumes ont laissé à l'homme la liberté indéfinie de disposer de tous ses biens par donation entre-vifs ; mais elles ne lui ont pas laissé une aussi grande liberté pour les donations testamentaires et à cause de mort. Le désir de conserver les biens dans les familles, a fait admettre les réserves coutumières ; le citoyen ne peut disposer par donation testamentaire ou à cause de mort, que d'une portion de ses biens. Libre dans la donation entre-vifs, gêné dans les donations testamentaires et à cause de mort, il préfère la donation entre-vifs, qui remplit plus parfaitement ses vues de bienfaisance. La préférence qu'il se donne à lui-même sur son do-

nataire, ne l'empèche pas d'opter la donation entre-vifs, soit parce que regardant sa mort comme prochaine, il ne perd rien à donner irrévocablement, soit parce qu'il convient secrètement avec son donataire de lui rendre la chose, s'il revient en santé, soit parce qu'il compte assez sur sa reconnaissance pour la lui restituer au même cas, quoiqu'il ne s'en exprime pas avec lui d'une manière précise. Si le donateur n'était pas gêné dans la liberté de disposer à cause de mort, il préférerait la donation testamentaire, ou la donation à cause de mort ; il se détermine à la donation entre-vifs pour éluder la loi qui restreint sa liberté. C'est pour réprimer cette fraude, que la loi refuse d'accorder à pareille donation l'effet des donations entre-vifs, et les range dans la classe des donations à cause de mort. Tel est l'objet de l'article 277 de la coutume de Paris : " Toutes donations, etc."

---

* 1 *Ricard*, *Donat.*, *part.* 1ère, *ch.* 3, *sec.* 1, *No.* 87 *et s.* } 87. Il ne faut pas entendre ces mots *à vivente*, de la définition que nous avons proposée au premier Chapitre pour décrire la donation entre-vifs, dans leur sens ordinaire, en tant que *vivant* est opposé à *mort*, et de la façon que communément nous appellons *vivans*, tous ceux qui ne sont point morts actuellement : mais ils doivent être pris dans une signification plus étroite ; parce qu'autrement ces mots seraient inutiles, et conviendraient aussi bien aux testaments, qu'aux donations entre-vifs. De sorte que pour donner entrevifs, il ne suffit pas que l'âme soit encore attachée au corps, mais il faut qu'elle soit dans son assiette ordinaire ; et qu'une maladie qui a trait à la mort, ne fasse point présumer, que la prévoyance de celui qui dispose, s'exerce plutôt à régler l'ordre de ses biens après sa mort, que pendant sa vie ; en un mot, que sa fin qu'il prévoit prochaine, ne soit point le principal objet de son action ; que l'appréhension qui est ordinaire à ceux qui se trouvent en cet état, ne lui fasse point prévenir sa mort comme présente ; que cet avancé de ce qu'il veut être fait

après sa vie, ne le fasse point déjà réputer comme mort, *reputari inter mortuos sæculi:* et comme dit la Loy, que *pro cincto habetur, qui proximè cingendus est.* Ce qui est nettement décidé par l'article 277 de la Coutume de Paris, que nous tenons en cette occasion pour une Loy générale dans le pays Coutumier, et que nous venons d'expliquer au Chapitre précédent. Cet article réputant toutes les dispositions faites au lit de la mort pendant la dernière maladie, des actes de la mort même ; *licet enim accidit et vivis, attamen vulgari sermone etiam mors significatur :* comme il est fort bien dit pour notre sujet, en la Loy *vulgari* 163. §. *si quis. D. de verbor. signific.*

88. Cet état de santé auquel doit être le donateur, pour pouvoir valablement disposer de ses biens entre-vifs ; constitue une différence essentielle entre la donation entre-vifs, et le testament : celui-ci se pouvant faire également pendant la dernière maladie, et jusqu'à l'extrémité de la vie même, comme en pleine santé : d'autant que pour tester, la Loy ne requiert autre chose, sinon que l'esprit soit sain, et la volonté libre ; cet acte étant particulièrement attribué à cette faculté ; d'où vient que nous l'appellons par prééminence, *l'ordonnance de dernière volonté.*

89. Pour comprendre ce que je viens de dire, qu'aucun ne peut donner entre-vifs, pendant sa dernière maladie, il ne faut pas tant s'attacher à la lettre, qu'à la raison, qui l'a fait ainsi établir ; qui est de crainte, comme nous avons dit ci-dessus, que le donateur, en regardant la mort prochaine,qui l'empêche de ne plus considérer l'usage de ses biens, ne se porte à en disposer avec trop de facilité. En conséquence, nous ne considérons pas tant à ce sujet, s'il était actuellemeni proche de la mort, que s'il avait la pensée d'y être : non pas même si fort la maladie actuelle, que l'esprit dans lequel il avait sujet d'être : comme s'il était dans un péril imminent, qui lui donnât lieu d'appréhender la mort. Sur quoi le Juge prudent, comme en tout autre cause de présomption, considère l'inclination du donateur, et s'il y a apparence, que cessant la proxi-

mité de sa mort, il se fût porté à faire une semblable donation.

90. Car, quoique l'article 277 de la Coutume de Paris, ne parle que des donations qui sont faites au lit de la mort, on ne peut pas en tirer cette conséquence, qu'il ait eu intention d'autoriser toutes sortes de donations, de quelques qualitez qu'elles pussent être, et de permettre par une loi générale à toute personne, de disposer de ses biens entre-vifs ; pourvû qu'il ne fût pas gisant au lit malade de la maladie dont il devait décéder ; d'autant que cet article n'est point conçû en termes dont on puisse induire une décision universelle. Il porte bien, que toutes donations, encore qu'elles soient conçues entre-vifs, faites par personnes gisans au lit malades, de la maladie dont ils décèdent, sont réputées faites à cause de mort et testamentaires, et non entre-vifs : mais il ne parle point du cas contraire, et ne résout point que toutes donations faites hors de cet état, peuvent valoir en qualité de donations entre-vifs, sans que l'on puisse dire que cette dernière proposition s'ensuit de la première, par un argument à sens contraire ; parce que l'on sçait que ces sortes d'argumens sont estimez fort périlleux, et ne sont pas reçûs en Droit, qui n'admet pour Loix que ce qui a été expressément rédigé par écrit.

Voy. *Pothier*, cité sur art. précédent.

---

* 2 *Bourjon*, *Donat.*, *Tit.* 4, *ch.* 2, *Nos.* 1, 2, 3, *p.* 68. } I. Le dépouillement est l'âme d'une donation entre-vifs ; par-là celui qui est attaqué d'une maladie ayant trait à la mort, ne peut donner entre-vifs ; cet état le rend incapable d'un tel acte ; parce que par une telle donation ce ne serait que ses héritiers qu'il aurait voulu dépouiller, non lui-même.

M. Ricard, des Donations, chap. 3, No. 88 et 89, page 22, et la propostion qui suit, qui confirme celle-ci.

II. En effet, telle donation ne contient pas le dépouillement

effectif, réel et personnel de la part du Donateur, qui en fait l'essence ; celui qui donne en cet état, se dépouillant bien moins, qu'il ne dépouille ses héritiers, et pour la validité d'une donation entre-vifs, il faut que par icelle, le Donateur préfère le Donataire à lui-même; ce qui n'est pas lorsqu'il dispose étant moribond.

La preuve par Témoins de la maladie du Donateur, au tems de la donation, est-elle recevable ? Voyez l'Arrèt du 20 Avril 1663, rapporté dans le second volume du Journal des Audiences, et ceux ci-après sur les Chapitres 4 et 5, de cette première Partie de ce Titre. Ces autorités servent à établir la proposition, qui est d'ailleurs incontestable, puisque la seule dénomination de l'acte qu'on examine ici, suffit pour la fonder. On peut donc s'y tenir.

III. Cependant une légère maladie n'ôte pas la capacité de donner entre-vifs, quoique par la suite elle soit devenue mortelle, la validité de la donation dépendant de l'état du Donateur lors de la donation, et de l'opinion naturelle du Donateur sur la durée de la vie ; ce qu'on approfondira plus par la suite, il est bon d'en faire ici la remarque.

M. Ricard, au Chapitre cité sur la première proposition, confirme celle-ci, qui s'observe au Châtelet.

---

763. Le mineur ne peut donner entrevifs, même avec l'assistance de son tuteur, si ce n'est par son contrat de mariage, tel que pourvu au titre *Des Obligations.*

Le mineur émancipé peut cependant donner des choses mobilières, suivant son état et sa fortune et

763. Minors cannot give *inter vivos,* even with the assistance of their tutors, unless it be by their contract of marriage, as provided in the title *Of Obligations.*

Emancipated minors may nevertheless give moveable articles, according to their condition and means,

affecter notablement ses capitaux.

Le tuteur, le curateur, et autres qui administrent pour autrui, ne peuvent donner les biens qui leur sont confiés, excepté des choses modiques, dans l'intérêt de leur charge.

La nécessité pour la femme d'être autorisée de son mari s'applique aux donations entrevifs, tant pour donner que pour accepter.

Les corporations publiques, même celles qui ont pouvoir d'aliéner, outre les obligations spéciales et les formalités qui peuvent les concerner, ne peuvent donner gratuitement qu'avec l'assentiment de l'autorité dont elles dépendent et du corps principal des intéressés ; ceux qui administrent pour les corporations en général peuvent cependant donner seuls dans les limites ci-dessus réglées quant aux tuteurs et curateurs.

Les corporations privées peuvent donner entrevifs comme les particuliers,

and provided they do not materially affect their capital.

Tutors, curators, and other administrators cannot give the property entrusted to them, except things of moderate value, in the interest of their charge.

The necessity of a wife being authorized by her husband applies to gifts *inter vivos*, whether for giving or for receiving.

Public corporations, even those having power to alienate, besides the special provisions and formalities which concern them, cannot give gratuitously without the sanction of the authorities to whom they are subject and of the main body of corporators; those who administer generally for corporations may nevertheless give alone, within the limits above defined as to tutors and curators.

Private corporations may give *inter vivos* in the same manner, as individuals, with the consent of

avec l'assentiment du corps principal des intéressés. | the main body of corporators.

Voy. autorités sur arts. 761 et 762.

---

* 6. *Guyot. Vo. Donation*, p. 169, 170. } Un tuteur, curateur, ou autre administrateur, ne peut donner pour celui dont il prend soin.

Un mineur en général ne peut donner ; mais celui qui se marie ou qui est émancipé par justice, peut disposer de ses meubles à vingt ans accomplis.

Les religieux et les religieuses ne peuvent donner après leur profession.

Les personnes auxquelles on ne peut pas donner, sont premièrement les conjoints qui ne peuvent rien se donner entre-vifs.

Les concubins, les concubines, les adultères et les bâtards ne peuvent pareillement rien recevoir, si ce n'est de modiques objets à titre d'alimens.

Les mineurs et les autres personnes qui sont sous la puissance d'autrui, ne peuvent donner directement ni indirectement à leurs tuteurs, curateurs ou autres administrateurs, durant le temps de leur administration, et avant qu'ils aient rendu compte et payé le reliquat, s'ils en doivent un. Cette prohibition est fondée sur l'ordonnance de François premier, article 41 ; sur la déclaration de Henri II, de 1549, et sur l'article 276 de la coutume de Paris, qui est en ce point conforme au droit commun.

On excepte néanmoins de cette prohibition les pères, les mères, et les autres ascendans qui sont tuteurs, curateurs ou gardiens de leurs enfans, pourvû qu'ils ne soient pas remariés.

L'héritier présomptif qui se trouve tuteur ou curateur, est pareillement excepté de la prohibition.

Le subrogé tuteur cesse aussi d'être prohibé dès que sa fonction est finie, c'est-à-dire après l'inventaire.

Aprés le décès du tuteur, le mineur peut donner à ses enfans.

Les parens des tuteurs et des curateurs, autres que les enfans, ne sont point prohibés, à moins qu'il ne paraisse que ce soit un fidéi-commis tacite pour remettre à la personne prohibée.

---

* 2 *Bourjon*, *Donat.*, *Tit.* 4, *ch.* 5, *No.* 8 *et s.* } 8. A l'égard des Sourds et Muets, ils ne peuvent donner entre-vifs; ce qui a lieu principalement à l'égard de ceux qui sont tels de naissance.

C'est le sentiment de M. Ricard, des Donations, part. I, chap. 3, sect. 1, No. 134 et suivans, pag. 3.

9. Quant à l'Aveugle, il peut donner entre-vifs ; la perte de la vue ne l'empêche pas de pouvoir avoir des idées très-difficiles, et ne lui fait aucun obstacle pour les communiquer aux autres.

M. Ricard, même Section, No. 142, pag. 32.

10. La femme en puissance de mari, ne peut donner entre-vifs sans autorisation de son mari ; mais cette autorisation levant son incapacité à contracter, elle dispose valablement entre-vifs, lorsque son mari la lui accorde.

Voyez le Titre *de la Communauté*, où cela est établi.

11. Cette incapacité de donner entre-vifs aurait lieu, encore qu'elle fût séparée ; parce que donner est aliéner, non administrer, et que la séparation ne la rend capable que des actes d'administration, et non de ceux d'aliénation ; d'où il faut conclure, qu'une donation entre-vifs, faite par une femme séparée de biens d'avec son mari, et de lui non autorisée, est nulle. Je l'estime ainsi.

Cela est établi sur le Titre de la Communauté.

[ARTICLE 763.]

* 1 *Pothier*, *Int.*, *tit.* 15, *Donat.*, *Nos.* 4, 5, 6. } 4. La donation étant un contrat du droit des gens, il n'est pas douteux que les étrangers, quoique non naturalisés, peuvent disposer, par donation entre-vifs, des biens qu'ils ont en France ; car ils participent à tout ce qui est du droit des gens.

5. La donation renfermant l'aliénation irrévocable de la chose donnée, il suit de là que ceux qui ne peuvent aliéner, ne peuvent donner. C'est pourquoi les mineurs ne peuvent donner leurs immeubles ; ils peuvent seulement, lorsqu'ils sont émancipés, soit par le mariage, soit par lettres du prince, disposer, par donation entre-vifs, de leurs effets mobiliers. Ils ne pourraient pas même disposer de l'universalité : *nam universitas mobilium sapit quid immobile.*—A plus forte raison les interdits ne peuvent donner entre-vifs. Les femmes sous puissance de mari ne le peuvent non plus, sans y être autorisées par leurs maris.

6. La donation étant une libéralité, et personne ne pouvant être libéral que de son bien, et non du bien d'autrui, il suit de là que les tuteurs, curateurs et autres administrateurs ne peuvent disposer, par donation entre-vifs, des biens dont ils ont l'administration. Il leur est néanmoins permis de faire pour leurs mineurs et autres, dont ils administrent les biens, certains présents modiques que les règles de la bienséance, en certaines occasions, exigent. L. 12, § 3, ff. *de Administratione tutorum.*

Voy. autorités sur art. 761.

---

* 1 *Troplong*, *Donat.*, *sur art.* 903, 904 *C. N.*, *Nos.* 586, 587. } 586. Pour ce qui regarde la donation entre-vifs, les mineurs, dans la règle générale, ne pouvaient pas en faire d'après l'ancien droit ; car ayant le bénéfice de restitution lorsqu'ils éprouvaient quelque préjudice, et toute donation étant une perte pour celui qui donne, il s'ensuit que ce genre

de libéralité devenait illusoire entre leurs mains. Il était donc de règle que le mineur ne pouvait pas donner.

Le mineur émancipé se trouvait dans le même cas· Car l'émancipation ne faisait que rendre l'administration ; elle ne faisait pas perdre du reste le droit de restitution en entier. Et comme la donation est un acte hors de l'administration, l'émancipé ne pouvait en être capable : " *quia donatio*, dit " Cujas, *non pertinet ad administrationem rerum suarum, sed* " *ad amissionem... donatio nunquam fuit permissa minori, sive* " *obtinuisset veniam ætatis, sive non.*"

La coutume de Paris faisait seule exception à cette règle. Il était permis au mineur émancipé de donner ses meubles quand il avait 20 ans accomplis.

587. Depuis le Code Napoléon, les mineurs sont, dans toute la France, incapables de faire des donations ; car ils peuvent bien faire leur condition meilleure, mais la loi ne leur permet pas de la rendre plus mauvaise. La donation n'est pas comme le testament, qui peut être révoqué ; elle n'est pas sujette à repentir ; elle lie irrévocablement, elle dessaisit : elle ne se fait pas sans le concours du donataire qui doit accepter.*

Lors même que le mineur serait marié, il ne pourrait donner entre-vifs, même à son époux.

Vainement dira-t-on que les donations entre époux ne sont pas des donations proprement dites, et qu'à cause de leur révocabilité, elles participent du testament. Cette circonstance n'est pas suffisante pour enlever les donations entre époux à la classe des donations entre-vifs. Comment pourrait-on les confondre avec le testament, lorsqu'elles ne sont pas l'œuvre d'une volonté unique, lorsqu'elles ont besoin du concours et de l'acceptation du donataire, lorsqu'elles dessaisissent actuellement, quoique *sub conditione*, le donateur ?

---

* *C. N.* 903, 904, 1095. } 903. Le mineur âgé de moins de seize ans ne pourra aucunement disposer, sauf ce qui est réglé au chapitre IX du présent titre.

904. Le mineur parvenu à l'âge de seize ans ne pourra disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer.

1095. Le mineur ne pourra, par contrat de mariage, donner à l'autre époux, soit par donation simple, soit par donation réciproque, qu'avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage ; et, avec ce consentement, il pourra donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint.

---

764. [Les prohibitions et restrictions des donations et avantages par un futur conjoint dans le cas de secondes noces n'ont plus lieu.]

764. [The prohibitions and restrictions respecting gifts and benefits bestowed by future consorts in case of second marriages no longer exist.

---

765. Toutes personnes capables de succéder et d'acquérir peuvent recevoir par donation entre-vifs, à moins de quelque exception établie par la loi, et sauf la nécessité de l'acceptation légalement faite par le donataire ou par une personne habile à accepter pour lui.

765. All persons capable of succeeding and of acquiring may receive *inter vivos*, saving any exception established by law, and subject to the necessity of legal acceptance by the donee, or by a person qualified to accept for him.

Voy. autorités sur arts. 761 et 776.

---

* 7 *Nouv. Denizart, Vbis. Don. entrevifs*, § *IV.* } 1. La faculté de recevoir par donation entre-vifs est par elle-même illimitée : toute personne est capable de recevoir de cette manière, hors ceux auxquels la loi, par des raisons particulières, en a nommément ôté la faculté.

2. Les personnes incapables de recevoir par donation entre-vifs, sont :

1o. Les enfans et les interdits pour démence, qui ne peuvent recevoir seuls et par eux-mêmes, parce qu'ils sont incapables de donner l'acquiescement nécessaire à la donation qu'on se propose de leur faire ; mais ils sont capables de recevoir par l'entremise de leurs tuteurs ou curateurs.

Les mineurs sortis de l'enfance, émancipés ou non émancipés, les interdits pour cause de prodigalité, sont, en général, capables de donner un consentement pour rendre leur condition meilleure. Néanmoins, selon nous, ils sont incapables de recevoir par eux-mêmes les donations entre-vifs qu'on voudrait leur faire : voyez *Acceptation*, § II, *No.* 2, *tom.* 1, *pag.* 89.

3. 2o. Les enfans à naître, et en général ceux qui n'existent pas, sont incapables de recevoir entre-vifs, parce qu'il faut exister avant de recevoir.

Le droit civil a admis plusieurs exceptions à ce principe de droit naturel.

Première exception. Les enfans conçus et non encore nés, sont capables de recevoir entre-vifs, parce qu'ils sont regardés comme déjà existans, toutes les fois qu'il s'agit de leur avantage.

Seconde exception. La faveur des contrats de mariage fait qu'on y autorise les donations entre-vifs faites aux enfants à naître, qui dès l'instant de leur naissance, en recueillent l'effet.

Troisième exception. Les donations entre-vifs faites aux enfans nés et à naître, acceptées par les enfans déjà nés, sont valables à l'égard des enfans à naître : c'est la disposition précise de l'article 12 de l'ordonnance de 1731.

Quatrième exception. Les donations entre-vifs avec charge,

de substitution, sont valables à l'égard des appelés, encore qu'ils ne soient ni nés ni conçus au moment de la donation.

4. 3o. Les femmes mariées en pays coutumier sont tellement incapables d'agir sans l'autorisation de leurs maris, qu'elles ne peuvent rien recevoir par donations entre-vifs, sans cette autorisation ; ce qui a lieu même pour les femmes non communes et séparées de biens, suivant l'article 9 de l'ordonnance de 1731.

5. 4o. Les religieux incapables de posséder des immeubles, ne peuvent en recevoir par donation entre-vifs.

Ceux des religieux auxquels il est permis d'avoir un pécule, peuvent recevoir par donation entre-vifs des effets mobiliers qui en augmenteront la masse.

6. 5o. Les gens de main-morte sont incapables de recevoir par donation entre-vifs, les biens dont l'acquisition leur est défendue par les lois du royanme.

Aux termes de l'article 9 de l'édit de 1749, tout établissement nouveau de la qualité mentionnée en l'article premier du même édit, doit obtenir des lettres-patentes. S'il vient à se former sans les avoir obtenues, il n'a point d'existence légale : il est incapable de rien acquérir à titre gratuit ou onéreux.

7. 6o. En plusieurs coutumes, les héritiers présomptifs ne peuvent recevoir des donations entre-vifs au préjudice des parts de ceux qui sont appelés avec eux à recueillir la succession du donateur : voyez, au tome 2, *Avantage prohibé*, § II, *pag.* 555, et *Avantage indirect*, § II et III, *pag.* 546 *et suiv.* A proprement parler ces donations ne sont pas nulles, mais réductibles à la part que le donataire aurait pu prétendre dans la succession à titre d'héritier.

7o. Mari et femme ne peuvent se rien donner l'un à l'autre entre-vifs pendant le mariage ni directement ni indirectement pour éluder la loi : voyez au tome 2, *Avantage prohibé*, § III, IV et V, *pag.* 558 *et suiv.*, *et Avantage indirect*, IV et V, *pag.* 551 *et suiv.*, et au tome 5 le mot *Conjoints*, *pag.* 186.

8o. Les personnes qui vivent en concubinage ne peuvent se rien donner entre-vifs l'un à l'autre : telle est la règle géné-

rale, qui néanmoins a ses exceptions. La principale est lorsque la chose donnée n'excède pas les alimens dus au donataire : voyez *Concubinage*, § V, *tom*. 5, *pag*. 97.

9o. Les bâtards sont capables de donations modiques pour leur tenir lieu d'alimens ; ils sont incapables de donations excessives ou universelles. Sur cette règle générale et les exceptions qu'elle peut souffrir, voyez *Bâtard*, § IV, *tom*. 3, *pag*. 279.

10o. Les tuteurs et administrateurs sont incapables de recevoir des donations entre-vifs de ceux dont ils gouvernent la personne ou les biens : voyez *Incapacité*.

---

* *C. N*. 902—Cité sur art. 761.

---

766. Les corporations peuvent acquérir par donations entrevifs comme par autres contrats, dans la limite des biens qu'elles peuvent posséder.	766. Corporations may acquire by gift *inter vivos*, as by other contracts, such property as they are allowed to possess.

Voy. C. C. B. C., art. 352.

---

* *C. N*. 910. } Les dispositions entre-vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissemens d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par une ordonnance royale.

[ARTICLE 767.]

767. Les mineurs devenus majeurs, et autres qui ont été sous puissance d'autrui, ne peuvent donner entrevifs à leurs anciens tuteurs ou curateurs pendant que leur administration se continue de fait et jusqu'à ce qu'ils aient rendu compte : [ils peuvent cependant donner à leurs propres ascendants qui ont exercé ces charges.]

767. Minors become of age, and persons who have been under the control of others, cannot give *inter vivos* to their former tutors or curators, so long as their administration actually continues and they have not rendered their account ; [they may however give to their own ascendants who have exercised these offices.]

---

* *C. de Paris, art.* 276. } Les mineurs et autres personnes étant en puissance d'autrui, ne peuvent donner ou tester directement ou indirectement au profit de leurs tuteurs, curateurs, pédagogues, ou autres administrateurs, pendant le tems de leur administration, et jusqu'à ce qu'ils aient rendu compte. Peuvent toutefois disposer au profit de leur père, mère, ayeul ou ayeule, ou autres ascendans, encore qu'ils soient de la qualité susdite, pourvu que lors du testament et décès du testateur, lesdits père, mère, ou autres ascendans ne soient remariés.

---

* 8 *Pothier*, *Donat.*, *art. prél. Sec.* 1, *No.* 37 *et s.* } 37. L'ordonnance de 1539, art. 131, déclare nulles toutes les donations entre-vifs et testamentaires, faites au profit des tuteurs et autres administrateurs.

L'ordonnance de 1549 ajoute, *ou à toutes personnes par eux interposées.*

La coutume de Paris, conformément à ces dispositions, dit, art. 276, " que les mineurs et autres sous la puissance d'autrui, ne peuvent donner ni tester directement ni indirecte-

ment au profit de leurs tuteurs, curateurs, pédagogues, ou autres administrateurs, ou aux enfants desdits administrateurs, pendant le temps de leur administration, et jusqu'à ce qu'ils aient rendu leur compte.

Elle en excepte néanmoins les ascendants qui auraient eu la tutelle de leurs enfants, pourvu qu'ils ne soient pas remariés.

38. Il suit de cet article de la coutume de Paris qui doit être regardé comme la véritable interprétation de l'ordonnance :

1o. Que les administrateurs que l'ordonnance rend incapables de recevoir des donations et legs, ne sont que ceux qui ont quelque puissance sur la personne ou les biens des donateurs, et qui résulte des termes de cette coutume : *et autres personnes sous la puissance d'autrui.* Un maître peut donc donner à son intendant, quoiqu'il soit administrateur de ses biens ; car cet intendant n'a pas autorité sur son maître ; c'est plutôt son maître qui a autorité sur lui.

Il en est de même de toutes les autres personnes qui administrent nos biens en vertu d'une procuration que nous leur avons donnée, et que nous pouvons révoquer quand il nous plaît.

2. Un conseil de tutelle, un subrogé tuteur, ou tuteur aux actions contraires, un curateur aux causes, n'ayant pas l'administration de la personne ni des biens du mineur, ne sont pas compris dans la prohibition de l'ordonnance, qui ne parle que des tuteurs ou curateurs, qui sont administrateurs de la personne ou des biens du mineur, ainsi qu'il résulte des termes ci-dessus cités de la coutume de Paris, interprète en ce point de l'ordonnance.

Si néanmoins l'objet de la commission du subrogé tuteur était de nature à lui donner un pouvoir considérable sur les mineurs, il pourrait être compris dans la prohibition.

Je ne pense pas qu'il en soit de même d'un tuteur honoraire, qui, quoiqu'il n'administre pas les biens qui sont administrés par un tuteur onéraire, a néanmoins le gouvernement de la personne du mineur ; car c'est principalement à cause

du gouvernement sur la personne du mineur, plutôt encore que de celui des biens du mineur, qu'un tuteur est incapable de recevoir des donations entre-vifs, ou par testament.

Au reste, comme il n'a aucun compte à rendre, le mineur, qui ne peut pas tester à son profit, peut, aussitôt qu'il est devenu majeur, lui donner entre-vifs.

3o. Quoique l'ordonnance ait parlé indistinctement des tuteurs et administrateurs, sans en excepter aucun, néanmoins la coutume de Paris, par une interprétation tirée de l'esprit de l'ordonnance, quoiqu'en apparence contraire à la généralité de ces termes, en a excepté les ascendants qui ont la tutelle et administration de leurs enfants. La raison sur laquelle est fondée cette interprétation, qui n'a pas été reçue d'abord, mais qui enfin a prévalu, même dans les coutumes qui n'en ont pas des dispositions, et que la piété paternelle exclut de ces personnes tout soupçon qu'elles aient voulu gêner la volonté de leurs enfants, en extorquant d'eux des donations ou legs, le vœu naturel des pères étant plutôt de transmettre et faire passer leurs biens à leurs enfants, que de chercher à se faire passer les biens de leurs enfants.

D'ailleurs, comme l'observe Ricard, si l'autorité qu'un père a sur ses enfants le rendait incapable de recevoir des donations de ses enfants, cette autorité n'étant pas bornée à un certain temps, comme celle d'un tuteur, et durant toujours, il s'ensuivrait qu'un père serait perpétuellement incapable de recevoir des donations de ses enfants.

Néanmoins comme les seconds mariages ont coutume de diminuer l'affection paternelle, la coutume n'excepte que les parents qui ne sont pas remariés.

Cette exception, en faveur des ascendants, ne doit pas être étendue aux collatéraux qui seraient héritiers présomptifs de ceux dont ils auraient le gouvernement et l'administration.

4o. La coutume donne encore une interprétation favorable à l'ordonnance, en décidant que cette incapacité des tuteurs et administrateurs dure même après la majorité, et la tutelle finie, jusqu'à ce que le compte ait été rendu, parce que le

tuteur, qui n'a pas encore rendu compte, tenant en sa possession le bien du mineur, le tient par là encore indirectement sous sa puissance.

Cette interprétation est conforme aux lois romaines, qui, ayant défendu le mariage entre le tuteur, le curateur et sa mineure, à cause de la puissance qu'ils ont sur elle, décide que cette prohibition a lieu même après la majorité, jusqu'à ce que le tuteur ou curateur soit entièrement quitte du compte qu'il doit rendre à son administration.

L'incapacité cesse-t-elle lorsque le tuteur a rendu compte, s'il n'en a pas payé le reliquat?—On peut alléguer contre le tuteur plusieurs textes de droit au ff. titre *de Conditionid. et demonst.*, qui décident que la condition de rendre compte, renferme celle de payer le reliquat. Je ne pense pas néanmoins que le paiement du reliquat soit absolument nécessaire pour faire cesser l'incapacité; car le mineur, étant pleinement instruit de tous ses droits par le compte qui lui a été rendu, et demeurant seulement créancier d'une somme liquide de son tuteur, qu'il peut exiger de lui comme d'un autre débiteur, il cesse dès lors d'être dans la dépendance de son tuteur; ce qui suffit pour faire cesser l'incapacité du ci-devant tuteur qui n'était fondée que sur cette raison. Autrement il faudrait dire que tous créanciers sont dans la dépennance de leurs débiteurs, et que tous débiteurs sont incapables de recevoir des donations de leurs créanciers; ce qui est tout à fait absurde.

Il y en a pourtant qui pensent que l'incapacité subsiste jusqu'au paiement de ce reliquat et de la remise des pièces, par argument de l'ordonnance de 1667, à moins que le ci-devant mineur ne lui ait donné terme.

5o. Ce que la coutume décide "qu'on ne peut donner aux enfants des administrateurs," est encore une interprétation de l'ordonnance; car l'affection que les pères ont pour leurs enfants, fait que ce qui est donné aux enfants, est censé donné aux pères; *Quod donatur filio videtur donatum patri;* et il n'y aurait pas moins à craindre que l'administrateur, ne

pouvant se faire donner à lui-même, extorquât des donations pour ses enfants, qu'il y aurait à craindre qu'il en extorquât pour lui-même, si la liberté lui en était laissée, les pères ayant ordinairement plus de passion pour enrichir leurs enfants, que pour s'enrichir eux-mêmes.

Cette incapacité des enfants de l'administrateur ne venant pas de leur propre personne, mais de celle de leur père, à qui ce qui leur serait donné paraîtrait indirectement donné ; il s'ensuit que, si leur père vient à mourir, quoique le compte ne soit pas encore rendu, cette incapacité doit cesser ; *quasi remoto impedimento.*

Les donations faites aux enfants des tuteurs, ou administrateurs, étant réprouvées, lorsqu'elles sont faites du vivant de ce tuteur ou administrateur, par la raison qu'elles sont censées faites indirectement au tuteur ou administrateur lui-même ; il s'ensuit que celles faites à la femme ou au mari, ou ascendants du tuteur ou administrateurs, doivent par la même raison être réprouvées ; car elles sont aussi en quelque façon faites au tuteur lui-même.

60. C'est encore par une interprétation de l'ordonnance que la coutume a compris les *pédagogues* sous le terme général d'*autres administrateurs*, dont l'ordonnance s'était servie ; car les *pédagogues* ont l'administration ou gouvernement, non à la vérité des biens, mais de la personne des élèves et disciples, ayant sur eux un droit de correction, ils ne doivent pas avoir sur leur esprit un moindre empire qu'en ont les tuteurs et curateurs, et par conséquent ils ne doivent pas moins être incapables qu'eux de recevoir des legs de leurs élèves et disciples.

On doit entendre par *pédagogue*, un précepteur ou gouverneur préposé à la conduite ou éducation d'un jeune homme, un régent de collège ; on y doit comprendre aussi les collèges où les jeunes gens sont pensionnaires, les communautés de filles, où l'on met les jeunes filles pour les instruire et les élever.

On ne doit pas penser la même chose à l'égard des per-

sonnes majeures, qui sont volontairement pensionnaires dans une communauté. Les supérieurs ou supérieures d'une communauté n'exercent pas d'empire sur ces personnes qui ne sont pas dans leur dépendance, et qui ont la liberté de quitter la communauté, si elles le jugent à propos. Néanmoins la Cour ne laisse pas de réduire les donations faites par ces personnes à la communauté où elles sont pensionnaires, lorsqu'elles paraissent trop considérables. Arrêt du 11 juillet 1713, rapporté au sixième tome du Journal (liv. 3, ch. 23).

Des maîtres ou maîtresses sont aussi, à l'égard de leurs apprentis, des espèces de pédagogues, à cause du droit de correction qu'ils ont sur eux. Ricard en rapporte un arrêt (du 9 mars 1577, 1re part., ch. 3, sect. 9, No. 483) à l'égard d'un apprenti apothicaire. Il en est autrement des professeurs publics, tels que sont ceux du collège royal de Paris, et ceux des facultés supérieures de théologie, de droit et de médecine, l'état de ces professeurs ne consistant qu'à faire des leçons publiques à qui veut les entendre et ne leur donnant aucun gouvernement ni aucune inspection sur les personnes de les élèves, il est clair qu'ils ne peuvent être compris sous le terme de *pédagogue*, ni être renfermés sous la prohibition de la coutume.

---

* 1 *Ricard*, *Donat.*, *1ère part.*, *ch.* 3, *s.* 9, *Nos.* 458 *et s.* } 458. Ce n'est pas que s'il paraissait que le tuteur eût procuré sa décharge prématurément, soit en faisant nommer un autre tuteur en sa place, ou en faisant émanciper ses mineurs avant l'âge ordinaire, avec dessein de les faire disposer en sa faveur, directement ou indirectement, il n'y eût lieu de prononcer la nullité de la donation, parce que le cas de fraude doit toujours être excepté de la règle. Et c'est pourquoi la loy *si Patris C. de interd. matrim.* que nous avons déjà citée, avait sagement étendu la prohibition que les précédentes Loix avaient faites aux tuteurs, de faire les mariages de leurs pupiles avec leurs enfans, non-seulement jusqu'à ce qu'ils eussent rendu compte, mais aussi jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans,

et encore un an au-delà, *exacto quinto et vigesimo anno necnon utili anno.*

459. L'article 276, de la Coutume de Paris, en renouvelant l'Ordonnance, qui ne souffre point que les mineurs puissent donner à leurs tuteurs, ou autres administrateurs, a déclaré que les ascendans n'étaient point compris dans cette prohibition en ces termes : *Peuvent toutefois disposer au profit de leurs père, mère, ayeul, ou ayeule, ou autres ascendans, encore qu'ils soient de la qualité susdite. Pourvu que lors du testament et décès du testateur, les dits père, mère, ou autres ascendans ne soient remariez.* Ce qui donne sujet de demander, si ce qui a été ainsi établi par la Coutume de Paris, en faveur des ascendans, doit avoir lieu dans les autres Coutumes.

460. La raison qui peut empêcher l'extension est, que constatant la Coutume de Paris n'a point force de Loy dans l'étendue des autres Coutumes, et qu'avant la réformation de la Coutume de Paris, lors de laquelle cet article 276, fut ajouté, l'Ordonnance était aussi-bien entendue des père et mère, que des autres, ainsi que nous l'apprenons de M. C. Dumoulin, en son Commentaire sur la Coutume de Paris, § 118 *num.* 17 où il résout, qu'une disposition faite par une fille en faveur de sa mère, ne doit pas avoir d'effet ; *quia mater erat tutrix, et sic sibi quærere non potest per Constitutionem an.* 1539. Et même M. Claude Henrys, *tom.* 1. *l.* 5. *quest.* 38. fait mention d'un Arrêt du 23. Août 1631. par lequel le testament de Marguerite Roddon, fait au profit de Clement Guibert, sa mère et tutrice, qui ne s'était point remariée, a été déclaré nul, en confirmant une Sentence rendue en la Sénéchaussée de Lyon.

461. Néanmoins l'opinion contraire a prévalu ; parce que l'on a estimé que l'article 276 de la Coutume de Paris, ne devait pas être considérée comme une restriction de l'Ordonnance, et qu'il n'était pas même au pouvoir des Réformateurs de limiter une Ordonnance, qui regarde le bien public, et qui est conçue en termes prohibitifs : puisque c'est une maxime constante parmi nous, que nos Coutumes ne peuvent pas déroger aux Ordonnances de cette qualité, et qu'au contraire les Ordon-

nances dérogent aux Coutumes ; de sorte que l'on a cru que l'on devait regarder cet article, comme explicatif de l'Ordonnance ; lequel en effet ne pourrait pas autrement avoir lieu, même dans la Coutume de Paris : et ainsi que cet article étant fondé sur une raison générale, il devait avoir son exécution partout où il ne se trouvait point de disposition, qui fut formellement contraire.

462. En effet, si l'on fait réflexion sur les principes, la qualité de père efface tous les soupçons qui ont pu donner lieu à la prohibition de la Loy contre les autres tuteurs, et on ne doit pas croire que celui auquel la nature a donné tant de sentiment naturels, pour la conservation des enfans auxquels il a donné la vie, soit capable de concevoir des pensées, qui leur soient désavantageuses, et qu'il veuille même entreprendre de contraindre leur volonté pour s'attirer leurs biens dans un cas, que les Loix n'ont pas même voulu qu'il fut prévu. D'ailleurs, l'autorité d'un père sur son fils n'étant pas moindre que celle d'un tuteur, il s'ensuivrait, si la première opinion avait lieu, qu'un fils n'aurait jamais la liberté de disposer en faveur de son père, encore qu'il ne fut pas sous sa tutelle ; et ce d'autant plus que l'Ordonnance par un mot général, parle de *tout administrateur ;* ce qui s'entend, comme nous établirons dans la suite, de toute personne qui a autorité sur un autre. Et même on peut dire, que la puissance du père sur ses enfans, diminue lorsque la tutelle lui est déférée : parce que commençant à avoir des biens pour subsister, la dépendance de l'autorité paternelle sur eux, n'est plus si grande qu'elle était auparavant.

Et ainsi, l'on suppose que ces dispositions ont été faites plutôt par un sentiment de piété, et d'affection légitime et naturelle, que par impression et par violence.

463. Il y a deux Arrêts solennellement intervenus en l'Audience de la Grand'Chambre, qui ont servi à établir cette dernière opinion. Le premier du Lundy 21 Janvier 1642 a confirmé un legs universel, qu'un mineur de 8 ans qui était atteint de la maladie contagieuse, avait fait au profit du sieur

de Villette son père et tuteur. Le second est intervenu le premier Juin 1647 à huit clos, sur l'appel d'un appointement du Sénéchal de Lyon, et a aussi autorisé l'institution d'héritière faite par un fils au profit de sa mère, encore qu'elle fut sa tutrice, lors de son testament et de son décès, et qu'elle eût même passé en secondes noces, six mois après la mort de son fils.

Quant à l'Arrêt de l'année 1631 M. Claude Henrys, duquel je l'ay appris seulement, témoigne qu'il avait ses particularitez, et que la mère qui avait été instituée héritière par sa fille, avait depuis fait une donation des mêmes biens en faveur d'une personne étrangère, au préjudice d'une autre fille qui lui restait, et qui était sœur germaine de la testatrice. Quoiqu'il en soit, la Jurisprudence établie par les deux Arrêts postérieurs, étant plus conforme à la raison, il est juste de s'y tenir.

464. La mère dans l'espèce de l'Arrêt de l'année 1647 ne s'étant remariée que six mois après le testament et la mort de son fils, n'était point dans les termes de l'article 276 de la Coutume de Paris, non plus que celui de l'année 1641 comme j'avais cru d'abord ; d'autant que le défunt M. l'Avocat Général Bignon, qui avait parlé en la cause pour le Roy, et qui avait été d'avis contre la disposition, et de la réduire en usufruit, avait fondé ses conclusions sur le second mariage de la mère. Tellement que la question de sçavoir, si l'exécution introduite par la Coutume de Paris, qui veut que les ascendans ne soient capables des dispositions de leurs enfans, qu'en cas qu'ils ne se soient point remariez lors du testament et du décès du testateur, doit avoir lieu dans les Provinces, qui ne sont pas soumises à cette Coutume, est restée entière.

Voy. autorités sur art. 761.

---

* 9 *Guyot. Vo. Incapacité,* p. 108. } Les tuteurs, les curateurs, les administrateurs, les précepteurs ou pédagogues, et les maîtres dans quelque métier ou art que ce soit, sont dans les liens de cette Incapacité.

Toute espèce de libéralité doit s'exercer sans contrainte. La loi a justement craint que ceux qui ont quelque autorité sur les autres, ne fussent portés à en abuser pour les dépouiller : elle a encore eu envie d'éteindre une foule de contestations auxquelles ces sortes de dispositions donnaient naissance. François I les proscrit par son ordonnance de 1539 : " Nous " déclarons, porte l'article 131 de cette ordonnance, toutes les " dispositions qui seront ci-après faites par les donateurs ou " testateurs au profit de leurs tuteurs, curateurs, gardiens ou " baillistres et autres, ou autres administrateurs, nulles et de " nul effet et valeur."

La cupidité des tuteurs, des curateurs et des autres compris dans cet article, chercha à se dégager des liens de cette loi, à la faveur de personnes interposées : mais Henri II opposa aussitôt un frein à ce nouvel abus, et par son ordonnance de 1549, il défendit les dispositions, " qui frauduleusement se- " ront faites durant le temps de l'administration, à personnes " interposées directement ou indirectement " : ces deux articles ont été réunis dans l'article 276 de la coutume de Paris ; mais elle y a ajouté quelques restrictions : " Les mineurs, y " est-il dit, ne peuvent donner ou tester directement ou indi- " rectement en faveur de leurs tuteurs ou curateurs pendant " le temps de leur administration ; peuvent toutefois disposer " en faveur de leur père, mère, aïeul ou aïeule, ou autres " ascendans, encore qu'ils soient de la qualité susdite, pourvu " que lors du décès du testateur, lesdits père, mère ou autres " ascendans ne soient remariés."

Dans l'ancienne jurisprudence, c'est-à-dire dans celle qui a précédé le règne de François I et de Henri II, on examinait si cette contrainte avait déterminé les donateurs ; mais aujourd'hui on ne se livre plus à cet examen : les dispositions d'un incapable seraient le fruit de la liberté la plus entière, qu'elles

seraient rejetées ; la présomption de la loi l'emporte ici sur le fait même.

La coutume de Normandie a étendu cette Incapacité aux présomptifs héritiers des tuteurs.

Les tuteurs subrogés, les tuteurs *ad hoc*, de même que les curateurs aux causes, ne sont point dans le cas de cette prohibition : n'ayant aucune sorte d'administration des biens, et étant privés de toute espèce d'autorité sur la personne, on ne peut redouter de leur part aucun effet de la contrainte ; source principale de l'Incapacité.

On a agité la question de savoir, si la femme d'un tuteur ou d'un curateur, ou d'autres administrateurs compris dans l'article 276, pouvaient recevoir des dispositions entre-vifs ou testamentaires ? la cour s'est décidée pour la négative, par un arrêt du 13 août 1760, rendu au rapport de M. Poitevin de Villers, entre Jeanne-Marie le Gai et Simon Bruyn.

Il semble que Denisart ait voulu établir une distinction sur cet arrêt ; mais il est dans les principes. Il est certain qu'un tuteur peut porter aussi loin, et peut-être même plus loin, les complaisances pour sa femme que pour ses enfants ; l'expérience de chaque jour justifie cette vérité, alors elle peut l'exciter à user de contrainte.

L'intérêt public a donné naissance à l'Incapacité prononcée contre les précepteurs et les autres personnes chargées de l'éducation des enfants ; il était à craindre que ceux-ci ne favorisassent les penchans de leurs élèves, pour les déterminer à user d'une reconnaissance injuste et préjudiciable aux mœurs.

---

* *C. N.* 907. } Le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur.

Le mineur, devenu majeur, ne pourra disposer, soit par donation entre-vifs, soit par testament, au profit de celui qui

aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et épuré.

Sont exceptés, dans les deux cas ci-dessus, les ascendans des mineurs, qui sont ou qui ont été leurs tuteurs.

---

768. Les donations entrevifs faites par le donateur à celui ou à celle avec qui il a vécu en concubinage, et à ses enfants incestueux ou adultérins, sont limitées à des aliments.

[Cette prohibition ne s'applique pas aux donations faites par contrat de mariage intervenu entre les concubinaires.

Les autres enfants illégitimes peuvent recevoir des donations entrevifs comme toutes autres personnes.]

768. Gifts *inter vivos* made in favor of the person with whom the donor has lived in concubinage, or of the incestuous or adulterine children of such donor, are limited to maintenance.

[This restriction does not apply to gifts made in a contract of marriage entered into between the concubinaries.

Other illegitimate children may receive by gift *inter vivos* like all other persons.]

---

769. [Les donations entrevifs faites par un donateur au prêtre ou ministre du culte qui exerce auprès de lui la direction spirituelle, aux médecins ou autres qui le soignent en vue de guérison, ou aux avocats et procureurs qui

769. [Gifts *inter vivos* made in favor of the priests or ministers of religion having the spiritual direction of the donor, of the physicians and others attending him with the view of restoring his health, or of the advocates and at-

ont pour lui des procès, ne peuvent être mises de côté par la seule présomption de la loi, comme entachées de suggestion et de défaut de consentement. Les présomptions, dans ces cas, s'établissent par les faits comme dans tous autres.]

torneys engaged in lawsuits in his behalf, cannot be set aside by mere presumption of law, as defective by reason of undue influence or want of consent. The presumption in this case, as in all others, must be established by facts.]

---

770. La prohibition aux époux de s'avantager durant le mariage par actes entrevifs, est exposée au titre des conventions matrimoniales.

770. The prohibition against consorts benefiting each other during marriage by acts *inter vivos* is set forth in the title concerning marriage covenants.

Voy. C. C. B. C., art. 1099.

---

771. La capacité de donner et de recevoir entrevifs se considère au temps de la donation. Elle doit exister à chaque époque chez le donateur et chez le donataire lorsque le don et son acceptation ont lieu par des actes différents.

Il suffit que le donataire soit conçu lors de la dona-

771. The capacity to give or to receive *inter vivos* is to be considered relatively to the time of the gift. It must exist at each period, with the donor and with the donee, when the gift and the acceptance are effected by different acts.

It suffices that the donee

tion, ou lorsqu'elle prend effet en sa faveur, s'il est ensuite né viable.	be conceived at the time of the gift or when it takes effect in his favor, provided he be afterwards born viable.

---

* 1 *Ricard, Donat.*, 1*ère part.*, *ch.* 3, *s.* 18, *Nos.* 790 *et s.* } 790. Ce n'est pas assez d'avoir connu quelles personnes sont capables ou incapables de donner ou de recevoir, il faut encore examiner pour avoir une entière notion de cette matière, à quel temps il faut avoir égard pour établir les incapacités mentionnées aux précédentes Sections.

791. Pour ce qui concerne la donation entre-vifs, cette question est fort facile à résoudre ; parce que le donateur étant obligé de se désaisir dans le même tems qu'il donne, et la tradition étant de l'essence de la donation, elle est exécutée sitôt qu'elle est accomplie en sa forme ; si bien que n'y ayant qu'un tems à considérer, il n'y a point de doute, qu'il est nécessaire que le donateur soit lors capable de donner, et le donataire capable de recevoir.

792. On doit toutefois prendre garde que ce qui est requis pour la forme et la solemnité de la donation, ne s'accomplit quelquefois qu'en divers jours, le donateur pouvant donner, et le donataire accepter séparément : mais en ce cas la donation et l'exécution ne diffèrent pas encore pour le tems, d'autant qu'il n'y a point de donation jusques à ce qu'elle soit acceptée et exécutée par la tradition ; de sorte que si le donateur, après avoir de sa part fait son acte de donation, venait à décéder avant que le donataire eût accepté, ou que la tradition eût été faite, la donation demeurerait absolument sans effet, comme étant imparfaite en sa forme ; *l.* 5. *D. de donat. inter vir. et uxor. l.* 1 *et* 4 *C. de donat. ante nuptias.*

---

* 8 *Pothier*, *Donat.*, *art. prél.*, Sec. 1, *No.* 41 *et s.* } 41. Les donations entre-vifs recevant toute leur perfection dans le temps du contrat, il s'ensuit que c'est en ce temps qu'est nécessaire et la capacité de donner dans la personne du donateur, et la capacité de recevoir dans celle de donataire.

De là il suit que le néant n'étant capable de rien, et étant avant toute chose nécessaire d'exister, pour être capable de quelque chose, on ne peut faire aucune donation à celui qui, lors de la donation, ne serait pas encore conçu ; car puisque lors de la donation il n'existait pas, il ne pouvait pas alors être capable de recevoir la donation.

42. La faveur des contrats de mariage susceptibles de toute convention, a fait excepter de la règle des donations qui s'y font. C'est pourquoi, si on donne par contrat de mariage aux enfants qui naîtront de ce mariage, la donation sera valable lorsque ces enfants viendront à naître, quoique, lors du contrat, ces enfants qui n'existaient pas encore, ne pussent être pour lors capables de donations.

Il faut aussi observer, que, lorsqu'une donation contient une substitution, il n'est pas nécessaire que le substitué existe lors de la donation, il suffit qu'il existe et soit capable lors de l'ouverture de la substitution.

43. La capacité est tellement nécessaire lors de la donation, et dans le temps même de la donation, que si j'ai donné à une personne à qui les lois défendaient de donner pour lors, quoique l'empêchement ait cessé, et que, depuis que l'empêchement a cessé, j'aie ratifié la donation, elle ne sera pas valable, parce que ce qui est nul ne peut être confirmé par une ratification. Cela a été aussi jugé à l'égard d'une donation faite par une femme à la mère de son mari, dans une coutume qui défend de donner à son mari, et aux parents du mari, quoiqu'elle eût été ratifiée depuis la mort du mari, et par conséquent dans un temps auquel la donataire avait cessé d'être incapable, elle fut déclarée nulle. Cet arrêt est dans Soefve (du 24 mai 1560, t. 1er, centurie 3, ch. 39).

[ARTICLE 772.]

Que si la ratification était revêtue des formes nécessaires pour une donation elle vaudrait, non comme une ratification, mais comme une nouvelle donation.

---

* *C. N.* 906. } Pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.

Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.

Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable.

---

772. La faveur des contrats de mariage rend valides les donations qui y sont faites aux enfants à naître du mariage projeté.

Il n'est pas nécessaire que les appelés en substitution existent lors de la donation qui l'établit.

772. The favor given to contracts of marriage renders valid the gifts therein made to the children to be born of the intended marriage.

It is not necessary that the substitute should be in existence at the time of the gift by which the substitution is created.

---

* 1 *Ricard, Donat., 1ère part., ch.* 4, *s.* 1, *Nos.* 869–870. } 869. Cette résolution reçoit deux exceptions, la première à l'égard des donations qui sont faites par les pères et les mères dans leurs contrats de mariage, au profit de leurs enfans à naître, lesquels subsistent et doivent être exécutées, quoiqu'elles ne soient accompagnées d'aucune acceptation ; ce qui est fondé sur une raison particulière qui résulte de ce que nous avons remarqué ailleurs, que nos contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de conventions en faveur

des personnes mariées, et des enfants qui en proviennent, et les dispositions qui y sont insérées, ne sont pas assujéties à la nécessité de l'acceptation.

Néanmoins si la donation était faite par celui qui se remarie, aux enfans à naître du second mariage, elle serait réputée faite au profit du nouveau conjoint, et prohibée par l'Edit des secondes noces; d'autant plus que le mérite des enfans à naître, ne peut pas encore être connu. L'on a vu aussi débattre une pareille donation pour le défaut d'acceptation, n'y en ayant pas d'autre que ces mots à la fin du contrat de mariage, *acceptant*, *promettant*, *obligeant ;* parce qu'il n'y avait, disait-on, que les donations entre les mariés, ou à leur profit, qui fussent exemptes d'acceptation : ce qui n'est pas néanmoins véritable, si la donation était en faveur des enfans à naître du premier mariage.

870. La seconde limitation a lieu, lorsque la donation est faite, premièrement au profit d'une personne après son décès, ou quelque autre tems, aux enfans qui naîtront de lui ou de quelque autre : car en ce cas la donation étant parfaite à l'égard du premier donataire, les seconds, quoique ni nés ni conçus au tems de la donation, et encore qu'il n'y ait eu aucune acceptation de leur part, ne laissent pas de pouvoir profiter de la donation, pourvu qu'ils soient au monde, lorsque la condition portée par le contrat viendra à être accomplie ; ce qui a lieu pareillement à l'égard des personnes qui seraient au monde, et capables d'accepter quand la donation a été faite, qui n'étant que dans un second dégré de donation, n'auraient pas accepté. Le fondement de cette résolution dépend de ce que la donation étant parfaite, pour ce qui concerne le premier donataire, les héritiers du donateur ne la peuvent pas contester, après qu'ils ont été une fois dépossédés par un titre légitime : et le premier donataire, qui aurait intérêt d'en empêcher l'effet pour se conserver incommutablement la propriété des choses données, ne peut pas combattre son propre titre, en vertu duquel la libéralité du donataire lui appartient seulement. Nous usons aussi de ce droit sans contredit, et il se juge dans le cas

que nous avons proposé, que l'acceptation étant faite par le premier donataire, elle profite à tous ceux des degrés suivans : ce qui est conforme à la disposition de la Loy 3 *C. de donationib. quæ sub modo et l. legem* 10 *C. de pactis. Sed cum benigna interpretatione divi Principes ei qui stipulatus non sit, utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiserunt, actio quæ sorori tuæ, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accomodabitur. leg. quoties* 3 *Cod de donat. quæ sub modo*, sur laquelle Loi M. Cujas remarque qu'il faut faire différence entre le droit ancien et le nouveau, en ce que par l'ancien l'on pouvait pas stipuler utilement par autrui, à l'effet de donner action à celui qui n'était pas intervenu en l'acte de donation, au lieu que les Constitutions des Empereurs ont accordé en ce cas une action utile.

Aimoin Cravetta, en son Conseil 19 *partie* 1 prouve que lorsqu'il y a une substitution comprise dans une donation entre-vifs, elle a lieu en faveur des absens ou des enfans qui n'étaient pas encore nés, sans qu'il y ait eu acceptation ni tradition, quoique dans les autres contrats personne ne puisse valablement stipuler pour un autre ; et partant, qu'encore que la donation soit révoquée du consentement du donataire, le substitué ne laisse pas de conserver son droit, lorsque la substitution est ouverte à son profit.

Voy. *Pothier*, sur art. précédent.

---

* 2 *Bourjon, Don., Tit.* 4, 3*e part. ch.* 4, *sec.* 2, *No.* 17 *et s.* } 17. Lorsque la donation par contrat de mariage est faite en faveur des enfants qui en naîtront, il suffit qu'elle ait été acceptée par les père et mère futurs ; telle acceptation milite en faveur des enfans, lorsqu'il en survient.

Art. 12, de l'Ordonnance de 1731, voyez sur ce M. Ricard, des Donations, part. 1, ch 4, sect. 1, No., 869, pag. 192, et telle a toujours été la Jurisprudence du Châtelet.

18. Cela a lieu, à plus forte raison, si la donation est faite à l'un d'eux ; c'est-à-dire en faveur de l'un ou de l'autre des conjoints futurs, et ensuite aux enfans à naître du mariage ; en ce cas, et à plus forte raison, elle est valable, pour ces derniers, et plus incontestable que dans le cas précédent, dans lequel ni l'un ni l'autre de leurs père et mère n'a été honoré.

Cela résulte de la citation sur la proposition précédente.

19. La validité d'une telle acceptation a lieu indistinctement, soit que la donation soit faite par ascendans ou parens collatéraux, ou même par étrangers, parce que l'institution d'héritier est valable par contrat de mariage, et vaut sans acceptation, comme on l'a déjà observé plusieurs fois ; telle donation faite aux enfans à naître, est donc par un tel acte valable indistinctement.

Art. 10, de l'Ordonnance de 1731.

20. Dans le cas qu'une donation est faite hors du contrat de mariage à des enfans nés et à des enfans à naître, l'acceptation faite par les premiers, ou par ceux qui ont charge d'administrer pour les premiers, vaut pour les seconds, parce que telle acceptation, qui est totale, indivisible, a dépouillé le Donateur ; elle doit donc produire son effet.

Loi 3, au cod. *de Donat. quæ sub modo.* M. Ricard au ch. 4, ci-dessus indiqué, No. 870, pag. 193. C'est la disposition de l'art. 12, de l'Ordonnance de 1731, ce qui lève toute difficulté. Voyez la proposition qui suit, explicative de celle-ci.

21. En effet, telle acceptation a consommé le dépouillement de la part du Donateur, et est indivisible de la part des Donataires ; ce qui la fait militer, et la rend efficace, tant pour les uns, que pour les autres.

Art. 12, de l'Ordonnance de 1731, et avant cette Ordonnance on le jugeait ainsi au Châtelet, conformément au sentiment de Ricard.

Voy. autorités sur art. 765.

[ARTICLE 773.]

773. La donation entre-vifs de la chose d'autrui est nulle ; elle est cependant valide si le donateur en devient ensuite propriétaire.

773. A gift *inter vivos* of the property of another is void ; it is however valid if the donor subsequently become proprietor of it.

---

* 8 *Pothier*, *Donat.*, *sec.* 3, *Nos.* 134, 135. } 134. La donation de la chose d'autrui ne dépouillant le donateur d'aucun droit, puisqu'il n'en avait aucun, et ne l'obligeant pas à la garantie de la chose, il s'ensuit qu'elle est à son égard sans effet, et c'est en ce sens que : *res aliena vendi potest, donari non potest ;* et ailleurs : *donari non potest nisi quod ejus sit cui donatum est.* L. 9, § 3, *de Donat.*

De ce que le donateur n'est pas tenu à la garantie, il s'ensuit que, lorsque quelqu'un a donné la chose d'autrui, le vrai propriétaire de la chose, quoiqu'il soit devenu l'héritier du donateur, ne laisse pas d'être recevable à la revendiquer de son chef ; car sa qualité d'héritier du donateur ne l'oblige pas à faire cesser cette demande, puisque le donateur lui-même, s'il vivait, ne serait pas obligé à la faire cesser.

135. La donation de la chose d'autrui n'a-t-elle pas au moins cet effet à l'égard du donateur, qu'elle le rende non recevable à revendiquer la chose, si, par la suite, il devenait l'héritier du propriétaire de cette chose ?— Je le pense ainsi : car, si le donateur ne s'oblige pas à la garantie de la chose donnée, s'il ne s'oblige pas *præstare habere licere*, au moins il s'oblige *per se non fieri quominùs habere liceat.* Il n'a pas pu, à la vérité, transférer au donataire un droit en la chose donnée, qu'il n'avait pas encore ; mais il a pu, et il doit être censé avoir voulu renoncer, en faveur du donataire, à tous les droits qui pourraient un jour lui appartenir dans cette chose.

[ARTICLE 774.]

* 1 *Thévenot-Dessaules, Dict. du Dig., vo. Donat. p.* 192, *No.* 17 *et* 20. } 17. On ne peut donner l'hérédité d'une personne vivante. *Leg.* 29, *p.* 2.

" Et même celui qui aurait ainsi donné serait privé de la " succession qui se serait ouverte ensuite à son profit : *Ve-* " *rùm ei qui donavit, ac posteà jure prætorio successit, quoniam* " *adversùs bonos mores et jus gentium festinasset, actiones hære-* " *ditarias in totum denegandas respondit.* Ibidem.

" Encore moins pourrions nous donner valablement la " succession future de celui qui nous est étranger, et auquel " nous n'avons pas espérance de succéder. Mais on ne pour- " rait pas nous infliger la peine prononcée par la loi, qui con- " siste dans la perte de tous droits dans l'hérédité en question. "

La donation d'une hérédité emporte la charge d'en payer les dettes. *Leg.* 28, *eodem.*

20. Si l'on donne la chose d'autrui, il n'y a point de garantie, *Leg.* 18. *p.* 3, *eodem ;* à moins qu'il n'y ait eu dol de la part du donateur : *Si dolo fecit.* Ibidem. (La glose dit, *si sciens*, c'est-à-dire si le donateur a su que la chose était à autrui.) *V. Leg.* 22, ff. *De verb. oblig., in fine.*—Le donateur en demeure ne doit point d'intérêts. *Leg.* 22, ff. h. t.

Voy. *Guyot*, cité sur art. 755.

---

774. La disposition au profit d'un incapable est nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées.

Sont réputés interposés

774. Dispositions made in favor of persons incapable of receiving are void, whether they are concealed under the form of onerous contracts, or executed in the name of persons interposed.

les ascendants, les descendants, l'héritier présomptif à l'époque de la donation et l'époux de la personne incapable, si aucuns rapports de parenté, ou de services, ou autres circonstances ne tendent à faire disparaître la présomption.

La nullité a lieu même lorsque la personne interposée a survécu à l'incapable.

The ascendants, the descendants, the presumptive heir at the time of the gift, and the consort of the incapable person are held to be interposed, unless relations of kindred, or of services rendered, or other circumstances tend to destroy the presumption.

This nullity takes place even when the person interposed survives the person who is incapable.

---

* 1 *Ricard, Donat., 1ère part., ch.* 3, *sec.* 16, *Nos.* 708, 720, 721, 722. } 708. Comme nos Loix qui prohibent les avantages à l'égard de certaines personnes, sont fondées sur de grandes et importantes raisons, nous avons apporté tous nos soins pour conserver leurs défenses avec vigueur, pour ôter tous les sujets de fraude, et les moyens pour lesquels cette prohibition pouvait être circonvenue. Ainsi, soit qu'en déguisant la forme du contrat, on lui ait donné une autre, ou qu'on se soit servi du nom d'une personne interposée, si au premier cas le contrat contient en sa substance l'effet d'une donation, et qu'au second la personne prohibée profite directement ou indirectement de l'avantage qui est fait à une autre, et que l'on puisse présumer que ce déguisement est fait pour faire fraude à la Loy, pour lors le contrat, quoique sous une autre forme, passe pour un véritable avantage sujet à cette prohibition, et la donation faite sous un nom interposé, est censée faite à la personne prohibée, et demeure en conséquence sans effet.

720. Mais comme il n'est pas juste d'étendre indifféremment les dispositions rigoureuses sans une nécessité pressante, nous

n'avons admis notre maxime, que lorsque la raison pour laquelle la personne prohibée est interdite de recevoir, étant fondée sur le repos public comprend aussi la paix et le repos du donateur ; en quoi nous avons balancé et pris pour fondement ce qui doit en ce monde servir de règle à toutes choses, le poids et l'intérêt public avec le particulier : *Ea enim quæ communiter omnibus prosunt, iis quæ specialiter quibusdam utilia sunt, præponimus. Auth. quæ res, sub fin.* Tellement que lors que nous avons trouvé le bien public opposé au particulier, nous avons préféré le premier, même en favorisant la rigueur : Mais quand l'intérêt particulier seulement s'est trouvé opposé à un autre intérêt particulier, on n'a point trouvé à propos d'étendre la rigueur d'une disposition qui prohibe de donner à l'égard d'une personne, contre les autres personnes, quoiqu'étroitement jointes ensemble.

721. Pour faire voir que ce raisonnement est le principe de notre usage, il faut encore descendre plus au particulier et aux exemples que nous avons touchant cette matière. Nous avons dit ci-dessus en la Section 9 qu'une des principales raisons pourquoi par l'Ordonnance les tuteurs et les autres administrateurs, sont interdits de recevoir les avantages de ceux qui sont sous leur puissance, est fondée sur le repos public ; le principal soin d'une Monarchie étant de conserver les intérêts des faibles et de ceux qui ont besoin de la protectection des autres. pour éviter le dépérissement de ses sujets, qui s'en ensuivrait autrement. Ainsi, pour empêcher que celui qui a puissance sur un autre, n'abuse de son autorité, en contraignant ou en induisant son esprit à exécuter ce qu'il souhaiterait de lui, et à lui faire tels avantages qu'il voudrait, nos Ordonnances lui ont ôté tout sujet de se laisser emporter à une telle pensée, en lui retranchant l'intérêt qui était capable de l'exciter à cette entreprise : Et comme ces Ordonnances ont pour objet la conservation du repos et de la liberté du donateur, mis en la protection publique dès l'heure qu'il est soumis à l'autorité d'un autre plus puissant que lui, par la nécessité de son ministère, il va de l'intérêt public de les faire

exécuter exactement et avec soin. D'où il s'ensuit que cette prohibition, suivant les maximes que nous avons établies, doit comprendre non-seulement la personne de celui auquel réside la puissance ; mais aussi tous ceux qu'il considère comme lui-même ; autrement la donation manquerait en son principe, qui est la libre volonté du testateur ou du donateur, qu'il ne pourrait pas avoir, en disposant directement ou indirectement en faveur de celui qui a autorité sur sa personne, et qui possède sa volonté plus que lui-même.

722. C'est aussi ce qu'a voulu dire la Declaration du mois de Février 1549 intervenue sur l'Ordonnance de 1539 lorsqu'à l'égard du 131 article, qui concerne les donations faites aux tuteurs et autres administrateurs, elle déclare pareillement nulles celles qui seront faites frauduleusement durant le tems de l'administration à personnes interposées, venant directement ou indirectement au profit des tuteurs, curateurs, gardiens, baillistres et administrateurs. Ce qui ne peut s'entendre que des personnes conjointes, conformément à notre interprétation. Et de fait, l'article 276 de la nouvelle Coutume de Paris s'étant encore expliqué davantage sur cette matière, il a expressement compris *les Tuteurs*, *Curateurs*, *Pédagogues ou autres Administrateurs*, *et les enfans des dits Administrateurs*, l'article 439 de la Coutume de Normandie passant encore plus avant, a dit *leurs enfans*, *ou présomptifs héritiers.*

---

* 1 *Guyot*, *Vo. Avantage*, *p.* 715-6. } *Avantage par interposition de personnes.* Dans les cas où l'on sait qu'il n'est point permis d'avantager ceux que l'on voudrait gratifier, on cherche souvent des détours en recourant à de tierces personnes ; mais ces moyens, aux yeux de la justice, ne sont pas plus heureux que ceux qui paraîtraient plus ouvertement contraires à la loi.

Ainsi, lorsqu'il n'est point permis d'avantager une femme, on ne peut faire passer cet Avantage ni au père ni à la mère

de la femme, non plus qu'aux enfans qu'elle aurait d'un premier mariage: la fraude, en ce cas, se manifeste presque aussi ouvertement que si elle agissait directement. Il faut dès-lors prendre pour règle générale, que le père, la mère et les enfans de la personne prohibée sont compris dans la prohibition : nous dirons aussi que la femme de la personne prohibée y est également comprise ; de façon que le mineur, qui ne peut avantager son tuteur, ne pourrait non plus avantager la femme de ce dernier.

A l'égard des frères et des sœurs de la personne prohibée, la chose n'est pas la même, à moins qu'il n'y ait de violens soupçons de fraude : lorsque les soupçons ne peuvent pas s'éclaircir de façon à donner une espèce de certitude, la justice alors n'a d'autre ressource que de demander l'affirmation des personnes avantagées ; et lorsqu'elles font serment que la libéralité est pour elles, et qu'elles ne se sont prêtées à aucune fraude, on leur adjuge l'Avantage dont il s'agit.

Dans les coutumes qui défendent d'être héritier et légataire en ligne collatérale, on ne laisse pas de regarder comme bon et valable le legs fait à l'un des enfans de l'héritier qui recueille la succession. C'est sur ce fondement qu'on a jugé dans la coutume de Poitou, par arrêt du 9 décembre 1606, qu'une donation faite au mari de l'héritière présomptive était bonne, quoique par évènement, au moyen d'un don mutuel, les biens fussent retournés à la femme. On a pareillement jugé par arrêt du 12 juillet 1759, dans la même coutume, que la femme de l'héritier présomptif ne devait point être comprise dans la prohibition.

Avantage par déguisement des contrats. C'est encore une ruse de la part de ceux qui veulent avantager des personnes prohibées, de déguiser les actes à la faveur desquels ils veulent leur faire passer leurs libéralités.

Un père, par exemple, ne peut avantager son fils autrement que par contrat de mariage : pour éluder la loi, que fait-il ? Un contrat de vente au profit d'un de ses amis, avec mention que le prix a été payé en deniers comtans. Peu de temps

après, il fait exercer un retrait lignager au nom de ce fils ; il intervient sentence qui condamne à passer revente au profit de ce dernier : par le contrat de revente, on affecte de stipuler que les deniers ont été empruntés d'un particulier, auquel même on accorde toute subrogation ; et voilà le fils propriétaire de l'héritage de son père. Un fait pareil peut-il nuire aux autres enfans ? Non, sans doute, lorsqu'on est en état de prouver la fraude ; mais lorsque cette preuve est impossible, il est certain que le fils profite de cette manœuvre, parce qu'il est vrai de dire qu'il pouvait exercer le retrait, et emprunter pour cet effet.

---

* 7 *Nouv. Denizart, Vbis Donat. entrevifs*, § *VII*, *p.* 41. } Le même défaut de tradition rend nulles les donations entre vifs de sommes à prendre sur la succession qui échéra un jour au donateur. Il est impossible que le donateur fasse aucune tradition, ni réelle, ni feinte, d'un objet qu'il ne possède pas encore. Pour livrer, il faut posséder soi-même. La nullité de pareilles donations est prononcée par une disposition précise de l'article 15 de l'ordonnance : "aucune donation entre vifs ne pourra comprendre d'autres biens, que ceux qui appartiendront au donateur dans le tems de la donation."

Pareilles donations étant nulles, le donateur, après avoir recueilli la succession, pourra en refuser l'exécution ; ou, s'il la consent volontairement, quoiqu'il n'y soit pas obligé, l'engagement qu'il contracte par ce consentement, n'est pas la ratification d'un engagement déjà subsistant, mais un engagement nouveau. Le donataire ne peut avoir hypothèque sur les biens de son donateur, qu'à compter de ce nouvel engagement contracté devant notaires ou en justice.

---

* 2 *Bourjon, Donat.*, 2*e partie*, *Tit.* 4, *ch.* 5*e*, *sec.* 4, *No.* 24. } 24. La qualité d'administrateur ne produit pas toujours l'incapacité qu'on examine ici ; en effet, lorsqu'il y a des liaisons d'une véritable amitié entre le client et le Procureur, et

qu'il est justifié que la libéralité a été faite, plus comme amis que comme défenseur, la donation est valable ; c'est la juste conséquence qui naît d'un tel fait.

On peut appliquer à cette proposition l'Arrêt du 18 Janvier 1662, rapporté par M. Soëfve, tom. 2, cent. 2, chap. 54. Voyez la Note sur M. Duplessis, page 549, elle sert de preuve à la proposition, qui d'ailleurs résulte de l'esprit de l'Ordonnance.

---

* 1 *Thévenot-Dessaules, Dict. du Dig., vo. Donat. No.* 19, 20, 21, 27 *et s.* } 19. Entre les époux, la remise de la dette est donation prohibée. *Leg.* 54 ; *Leg.* 21, *p.* 1.

20. Le titre coloré est compris dans la prohibition : *Si color vel titulus, donationi quæsitus est, nihil valebit traditio.* Leg. 49, *eodem.*

V. g. Si la femme donne au fils commun, afin que son mari en profite (en vertu de sa puissance paternelle) : *Id est si uxor id exegit* (lisez, *id egit*) *ut aliquid ex eâ re interim commodi maritus sentiret.* Ibid. [*V. Couleur donnée à l'acte.*]

Si les époux font entre eux une vente apparente, tandis que c'est une donation, la vente est nulle. *Leg.* 32, *p.* 25.

Si l'un des époux fait une vente à l'autre, à moindre prix, avec intention de donner [*si cùm animum vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit, ut donaret*], la vente est nulle. *Leg.* 5, *p.* 5.

21. Autre chose est, s'il n'y a point eu intention de donner : *Si non sit animus donandi.* Leg. 31, p. 3.—[Ou bien : *Si cùm animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit.* d. Leg. 5, p. 5.] Car les époux peuvent faire une vente entre eux à moindre prix. *d. Leg.* 31, *p.* 3.—" Mais alors il y a donation, *quatenùs* " *conjux factus est locupletior ;* et il y a lieu, quant à ce, à " répétition. *d. Leg.* 5, *p.* 5."

27. Si le débiteur du mari promet par son ordre de payer à sa femme, la promesse est nulle : [*Nihil agitur.*] Leg. 5, p. 3, eodem.

[ARTICLE 774.]

De même, si la femme promet [*Donationis causâ*] de payer au créancier de son mari. *d. Leg.* 5, *p.* 4.

28. Les époux ne peuvent se gratifier par personnes interposées: *Generaliter tenendum est quod inter ipsos.* (Le texte ajoute: *Aut qui ad eos pertinent*), *aut per interpositas personas, donationis causâ, non valere.* Leg. 5, p. 2, *eodem.* V. ci-dessus, No. 25.]

29. Le conjoint ne peut donner à ceux qui sont sous la puissance de son conjoint. *Leg.* 3, *p.* 6, *eod.*—Ni à ceux qui ont la puissance sur son conjoint. *Ibidem.*

30. La femme ne peut donner à son fils, quand il est sous la puissance de son mari. *d. Leg.* 3, *p.* 4.—A moins que ce ne soit pour aller à la guerre, auquel cas c'est pécule castrense. *Ibidem.*

31. Le mari peut donner aux enfants [d'un premier lit] de sa femme. *Leg.* 60.—Et de même les enfants de la femme, au [second] mari de leur mère. *Ibidem.* (V. d'autres *Espèces.* Leg. 3, p. 4 et 6, et Leg. 26, p. 1, *eodem.*)

32. Si l'un des époux fait un échange avec l'autre, ce n'est pas donation: *Negotium potiùs gestum videri, quàm donationem intervenise.* Leg. 58, *eod.*

Si l'un d'eux se sert de la maison de l'autre, ce n'est pas donation. *Leg.* 18, *eodem.*

Quand les domestiques de la femme servent le mari, ce n'est pas donation. *Leg.* 28, *p.* 2; *Leg.* 18, *eodem.*

Car on ne doit pas user de tant de rigueur entre des personnes si affectionnées: *Et sanè non amarè, nec tanquam inter infestos, jus prohibitæ donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu.* Ibidem. *d. p.* 2.

Si le mari donne pour la nourriture de sa femme et des gens de sa femme, ce n'est pas donation. *Leg*, 31, *p.* 9, *eodem.*

De même, s'il nourrit les gens et les chevaux qui sont à l'usage commun. *d. Leg.* 31, *p.* 10.

De même, s'il paye les frais de voyage pour sa femme: *Non enim donat qui necessariis usibus succurrit.* Leg. 21.

33. Si le mari qui doit à sa femme sous terme, lui paye avant le terme, ce n'est pas donation. *d. Leg.* 31, *p.* 6.

Si je prie celui qui voulait me léguer de léguer à ma femme, ce n'est pas donation. *Ibid*, *p.* 7.—Car mes biens ne sont pas diminués. *Ibidem.* (Cependant la loi 3, p. 13, décide qu'il y a donation en pareil cas. *V. suprà.*)

" Mais dans la loi 3, p. 13, il s'agit d'une donation entre-" vifs, au lieu que, dans la loi 51, p. 7, il s'agit seulement de " legs. "

---

* 2 *Nouv. Denizart Vbis. Avantage indirect*, *p.* 545-6-7. } § I. 1. En général, on nomme *avantage*, tout ce qui est donné à quelqu'un au-delà de ce que la loi lui attribue.

On entend par *avantage indirect* celui qui est fait par des voies obliques, en certains cas et en faveur de certaines personnes, que la loi défend d'*avantager*.

2. Une donation ou un legs, faits à des personnes qu'il est défendu d'avantager, sont une infraction directe aux dispositions de la loi. Ce n'est pas là l'espèce d'avantage dont nous nous occupons maintenant. Voyez, à cette égard, les mots *Avantage prohibé*, *et Incapacité.*

3. L'*avantage indirect* consiste premièrement, en ce que paraissant faire ce que la loi ne défend pas, le contrat licite en lui-même, renferme intrinséquement une atteinte à la prohibition d'avantager.

Un autre moyen qui tend à éluder la loi, est lorsqu'on donne, par un acte entre vifs ou par un testament, à une personne qui n'a pas d'incapacité de recevoir, avec la condition secrète de remettre à une personne prohibée, la libéralité contenue dans la donation entre vifs ou dans le testament.

4. Ces deux voies qu'on emploie le plus ordinairement pour contrevenir aux prohibitions de la loi, donnent lieu à des contestations dont la décision dépendant entièrement de l'examen des circonstances du fait, prête beaucoup à l'arbitraire. Elles ne présentent pas, au premier coup d'œil, d'atteinte directe

à la loi ; mais elles la contiennent. On a fait extérieurement ce que la loi permettait ; mais on a fait, par une voie oblique, ce qu'elle défendait. C'est y avoir contrevenu aussi réellement que par des actes, qui porteraient avec eux le caractère évident d'une infraction manifeste. *Contrà legem facit, qui id facit quod lex prohibet ; in fraudem vero qui, salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit : fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit : et quod distat dictum à sententiâ, hoc distat fraus ab eo quod contra legem fit.* Leg. 29 et 30 ff. de legib.

Ainsi, comme le dit Ricard, des donations, *part.* 1, *No.* 708 : " soit qu'en déguisant la forme du contrat, on lui ait donné une autre couleur, soit qu'on se soit servi du nom d'une personne interposée : si, au premier cas, le contrat contient en sa substance l'effet d'une donation, et qu'au second, la personne prohibée profite directement ou indirectement de l'avantage qui est fait à une autre, et qu'on puisse présumer que ce déguisement est fait pour faire fraude à la loi ; pour lors le contrat, quoique sous une autre forme, passe pour véritable avantage, sujet à cette prohibition ; et la donation faite sous un nom interposé est censée faite à la personne prohibée, et demeure en conséquence sans effet."

5. On distingue deux sortes de personnes, que les loix ne permettent point d'avantager : comme on le voit par les différentes coutumes, qui défendent d'avantager ses héritiers directs ou collatéraux, et de s'avantager entre conjoints.

6. Dans celles qui, comme la coutume de Paris, *art.* 307, permettent à l'enfant de se tenir à l'avantage qui lui a été fait, en renonçant à la succession, on ne pourrait le forcer d'abandonner même les *avantages indirects*, qu'autant que ceux-ci, calculés avec les autres, entameraient la légitime que ses frères et sœurs doivent trouver, nonobstant sa renonciation, dans la succession de leur père commun. Voyez *Légitime*, *Rapport*, *Succession.*

Dans celles, au contraire, qui requièrent une égalité parfaite entre tous les enfans, il suffit, pour être autorisé à contester les avantages qui leur ont été faits, qu'ils ayent reçu,

directement ou indirectement, quelque chose au-delà de leur portion héréditaire.

C'est d'après ces notions générales, qui s'appliquent également à toute espèce d'avantage indirect, que nous examinerons d'abord, relativement aux héritiers en ligne directe ou collatérale, les moyens qu'on emploie pour éluder la loi qui défend les avantages dans ces deux lignes. Nous réservons à l'article suivant, l'exposition de la diversité des prohibitions que contiennent, sur ce sujet, différentes coutumes.

§ II. 1. Nous avons dit, au No. 3 du § précédent, en quoi consistaient principalement les deux voies indirectes d'avantager contre la prohibition de la loi. On ne peut présenter, sur cette matière, que des exemples : et c'est à les mettre sous les yeux, que ce § et les suivans sont destinés.

2. Lorsqu'un père vend à l'un de ses enfans un de ses fonds, pour un prix inférieur à la valeur réelle, il n'est pas douteux que cette vente contient un avantage indirect, une fraude manifeste à la loi de l'égalité, qu'il était de son devoir de maintenir entre tous ses enfans. L'enfant ainsi avantagé, ne peut garder l'héritage, sans suppléer ce qui manque au juste prix, d'après l'estimation qui doit être faite de la valeur de l'héritage au temps du contrat. C'est l'avis de Duplessis, Traité des successions, *liv.* 1, § II. On parait même avoir été plus loin, par un arrêt rendu au rapport de M. l'abbé Macé le 18 mars 1751.

La dame de Saint-Antoine avait vendu, en 1742, à ses héritiers maternels, moyennant cinq mille cinq cens livres, et une rente viagère de mille livres, un domaine situé en Touraine, valant dix-huit à vingt mille livres. Le contrat contenait aussi vente des meubles moyennant cinq cens livres, et les meubles avaient été estimés deux mille livres, après la mort de la venderesse. La coutume de Tours, *art.* 302, défend d'avantager ses héritiers l'un plus que l'autre, même en collatérale. Les héritiers paternels attaquèrent en conséquence ce contrat, comme contenant une donation déguisée et un avantage indirect ; l'arrêt le déclara nul, *Conseil*, *fol.* 146.

Les héritiers maternels, dans l'espèce qu'on vient de rapporter, n'avaient peut-être pas offert de suppléer le juste prix.

3. Mais s'il peut être douteux qu'une vente, en ce cas, doive être absolument déclarée nulle, il ne l'est pas de même dans l'hypothèse où un père voulant avantager l'un de ses enfans, au préjudice des autres, lui fait passer, par une vente simulée, quelqu'un de ses biens, dont il reconnaît avoir reçu le prix qui ne lui a pas été payé. La vente alors est nulle ; des conjectures ont suffi quelquefois pour la faire déclarer telle. Ricard. *part.* 1, *No.* 757, rapporte un arrêt rendu en la grand'-chambre le 10 février 1654, qui l'a ainsi jugé. Voyez aussi Duplessis, Traité des successions, *ubi suprà.*

4. C'est un autre avantage indirect, que de donner quittance à son fils ou autre héritier présomptif, qu'il n'est pas permis d'avantager, d'une dette qu'il n'a pas acquittée ; mais cette quittance ne peut cependant être regardée comme une fraude faite à la loi, qu'autant qu'il paraîtrait d'ailleurs qu'elle a été donnée sans cause et dans le dessein d'avantager.

5. On peut encore déguiser des avantages indirects, en faisant des donations qualifiées rémunératoires, lorsqu'il ne paraît pas de services rendus. Mais doit-on toujours regarder comme un avantage indirect, une donation rémunératoire qu'un père aura faite à l'un de ses enfans ? Les auteurs sont divisés à ce sujet. Quelques-uns, comme d'Argentré, pensent qu'une telle donation ne pouvait être attaquée, sous prétexte de l'avantage qui en résulte en faveur de l'enfant donataire, pourvu qu'il s'agisse de services réels et prouvés, et qui soient de nature à mériter une récompense. *Possunt (tamen) donare causâ remunerandi......, sed causa serio probanda est, propter fraudis præsumptionem.* Sur l'ancienne Coutume de Bretagne, *art.* 266, *No.* 39.

D'autres, au contraire, sont d'avis que les donations rémunératoires sont toujours réputées avantages indirects, et ne laissent à l'enfant ou héritier que l'action en récompense de ses services, au cas qu'ils soient de nature à produire une action.

Voyez Auzanet, sur l'article 303 de la coutume de Paris, et Pothier, Traité des donations entre mari et femme *No.* 116.

Les jurisconsultes Romains l'avaient décidé de la même manière, dans le cas d'un legs fait à titre de récompense. C'est l'esprit de la loi 37, § 6, *ff. de leg.* 3o. où une femme voulant gratifier une personne prohibée, qui avait eu la conduite de ses affaires, lui laisse par testament une somme à titre de récompense. Scævola décide que ce legs est nul, comme fait en fraude de la loi. *Quæro an hæc pæcunia ex causâ mercedis, ab hæredibus Titiæ exigi possit ? Respondi, non idcirco quod scriptum est, exigi posse in fraudem legis relictum.*

6. Si les loix sont attentives à prévenir les fraudes qui donnent matière à un soupçon raisonnable, elles n'ont pas entendu pour cela interdire vis-à-vis des enfans ou héritiers compris dans la prohibition, les relations légitimes d'intérêts ou d'affaires, sous prétexte de l'injuste prédilection qu'on pourrait soupçonner en leur faveur, de la part de ceux dont ils sont les héritiers présomptifs.

Ainsi toutes les fois que le soupçon de la fraude est écarté, les aliénations comme les emprunts doivent avoir leur effet et ne peuvent être regardés comme des avantages indirects.

---

* *C. N.* 1099, 1100. } 1099. Les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus.

Toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle.

1100. Seront réputées faites à personnes interposées, les donations de l'un des époux aux enfans ou à l'un des enfans de l'autre époux issus d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parens dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire.

---

775. [Les enfants ne peuvent réclamer aucune portion légitimaire à cause des donations entrevis faites par le défunt.]

775. [Children of a deceased person cannot claim legitim in consequence of gifts made by him *inter vivos*.]

SECTION II.

DE LA FORME DES DONATIONS ET DE LEUR ACCEPTATION.

776. Les actes portant donations entrevifs doivent être notariés et porter minute, à peine de nullité. L'acceptation doit avoir lieu en la même forme.

Cependant la donation de choses mobilières, accompagnée de délivrance, peut être faite et acceptée par acte sous seing privé, ou par convention verbale.

Sont exemptées de la forme notariée les donations validement faites hors du Bas-Canada, ou dans ses limites dans certaines localités pour lesquelles l'exception existe par statut.

SECTION II.

OF THE FORM OF GIFTS AND OF THEIR ACCEPTANCE.

776. Deeds containing gifts *inter vivos* must under pain of nullity be executed in notarial form and the original thereof be kept of record. The acceptance must be made in the same form.

Gifts of moveable property, accompanied by delivery, may however be made and accepted by private writings, or verbal agreement.

Gifts validly made out of Lower Canada, or within its limits but in certain localities excepted by statute, need not be in notarial form.

[ARTICLE 776.]

*2 *Bourjon, Tit.* 4, *4e part. ch.* 4, *sec.* 1, *p.* 101-2. } 1. Comme le dépouillement de la part du Donateur est de l'essence de la donation, de même l'acceptation de la part du Donataire est indispensablement nécessaire pour la validité de la donation ; c'est elle qui forme la réciprocité de l'engagement que la donation doit opérer ; c'est par la tradition d'un côté, et l'acceptation d'un autre, que cette réciprocité nécessaire se consomme, et le défaut de l'une comme de l'autre emporte nullité de la donation.

Art. 133, de l'Ordonnance de 1539. Voyez M. Ricard, des Donations, part. 1, ch. 4, sect. 1, No. 834, page 185, et la proposition qui suit, explicative de celle-ci.

2. En effet, la donation entre-vifs, est un contrat synallagmatique, et il ne suffit pas que le donateur soit lié par la tradition de fait ou de droit, et par le dépouillement qui en est l'âme de sa part ; mais il faut encore que le donataire soit lié par une acceptation formelle, et c'est elle seule qui peut former l'engagement de sa part, et la réciprocité du lien de droit, qui doit naître d'une donation faite entre-vifs ; d'où il faut conclure que, faute d'acceptation de la part du donataire, la donation est nulle.

M. Ricard, au Chapitre indiqué sur la proposition précédente, No. 838, page 186, et ce que l'usage rend incontestable ; il est fondé sur l'Ordonnance.

3. De-là il s'ensuit, que l'acceptation est une formalité intrinsèque de la donation ; ce n'est pas forme de l'acte, mais la base d'icelui ; par conséquent formalité intrinsèque de l'acte, et sans laquelle il ne peut valider.

C'est ce que dit M. Duplessis, des Donations, liv. 2, ch. 2, sect. 3, page 555, et c'est la disposition des Ordonnances, et droit commun.

4. Dans la thèse générale, la donation, est donc nulle, faute de cette acceptation formelle de la part du donataire ; ce qui reçoit néanmoins quelques exceptions qu'on examinera ci-après, après avoir examiné la forme dans laquelle l'acceptation doit être faite.

[ARTICLE 776.]

M. le Maistre, tit. 43, sect. 2, § 1, page 364. Il y a des donations valables sans acceptation, c'est ce qu'on verra par la section 5, ci-après.

5. On a déjà vû, dans la seconde proposition de la section présente, que l'acceptation devait être, de la part du donataire, formelle et expresse, ainsi la tacite ne suffirait pas. Les propositions suivantes expliquent les suites et les conséquences de ce principe général, auquel il est bon de se fixer.

M. Duplessis, page 555, dit que l'acceptation de la part du donataire doit être expresse. Voyez l'Ordonnance de 1731, ci-après citée.

6. De-là il s'ensuit que toute acceptation tacite est de nul effet, et que, nonobstant icelle, la donation est nulle, comme manquant dans son essence ; première conséquence qui naît du principe.

M. Duplessis, à la page citée sur la proposition précédente. M. Ricard, tom. 1, pag. 186 et 187, No. 838 et 839, et c'est ce qui se pratique au Châtelet.

7. De-là il s'ensuit encore que la présence et la signature du donataire qui n'accepte pas formellement ne peut suppléer au défaut d'acceptation ; encore une fois, il faut qu'elle soit formelle : c'est une seconde conséquence subordonnée à la précédente, et qui naît du même principe, c'est droit commun.

Art. 6 de l'Ordonnance de 1731, et l'on le jugeait ainsi au Châtelet, avant cette Ordonnance.

8. De-là, il s'ensuit encore que l'acceptation qui serait faite par le Notaire pour le donataire absent serait nulle, et, par conséquent, la donation ainsi acceptée: troisième conséquence.

M. Ricard, des Donations, part. 1, ch. 4, sect. 1, No. 865, page 191. L'Ordonnance de 1731, art. 5, a sur ce fixé la Jurisprudence.

9. Cependant la donation peut être valablement acceptée par un fondé de procuration générale ou spéciale. On verra par la proposition suivante, la forme que doit avoir une telle acceptation ; mais elle peut se faire par Procureur.

Art. 5, de l'Ordonnance de 1731, qu'on vient de citer : Arrêt du 9 Mars 1705, rapporté dans le sixième volume du Journal des Audiences, liv. 5, ch. 19, pag. 509, voyez M. le Maistre, tit. 13, page 371, et telle a toujours été la Jurisprudence du Châtelet.

10. Mais pour la validité d'une telle acceptation, il faut que la procuration demeure annexée à la minute de la donation ; en effet, sans cela il n'y aurait pas de vrai lien de droit, puisque c'est la procuration qui est la base de la validité d'une telle acceptation.

L'art. 5 de l'Ordonnance de 1731 fonde la proposition.

11. La donation entre-vifs peut même être valablement acceptée par un tiers autre que le Notaire, se faisant fort du donataire , mais telle donation n'est valable que par la consommation d'une telle acceptation, comme on le verra par la proposition suivante.

Mais jusqu'à ce que le donataire ait accepté, elle est révocable de la part du donateur, le contrat ne devenant parfait que par cette acceptation. M. le Maistre, tit. 13, pag. 372, ce que l'Ordonnance de 1731 ne paraît pas détruire ; je le pense ainsi.

12. Mais en ce cas, la donation n'a effet que du jour que le donataire l'a ratifiée par acte dont il y a minute, avec acceptation par la ratification ; ce qui consomme une telle acceptation jusques-là imparfaite.

Même art. 5 de l'Ordonnance de 1731.

13. Les tuteurs et curateurs sont parties capables pour accepter les donations faites aux mineurs et interdits étant sous leur puissance, sans que pour ce, il soit besoin d'avis de parens spécial ; c'est acte d'administration, et leur qualité leur donne capacité pour tous les actes de cette nature, sauf la restitution en entier en faveur du pupille ou de l'interdit, si la donation leur était onéreuse ; telle acceptation est donc bonne.

Art. 7 de l'Ordonnance de 1731, voyez sur ce M. le Maistre, tit. 13, sect. 2, § 1, pag. 368, mais l'acceptation faite par le mineur même est nulle, suivant M. Ricard, des Donations, part.

I, ch. 4, sect. I, No. 845 et 846, pag. 188, voyez la sect. 4, ci-après, où il est établi que ce sentiment ne doit pas être suivi; il est contraire à la nouvelle Ordonnance et aux vrais principes de droit.

14. Les pères et mères ont cette capacité d'accepter les donations faites à leurs enfans, et ce, en leur seule qualité de tuteurs naturels ; la faveur d'un tel acte soutient cette qualité en ce cas, et fait valider l'acceptation, et soutient quant à ce, la qualité de tuteur qui a sa racine dans la nature.

Jugé par l'Arrêt rapporté par M. Louet, let. D, No. 55. M. Ricard, des Donations, part. I, ch. 4, sect. 1, No. 853, pag. 189, ce qui ne forme plus une question au moyen de la nouvelle Ordonnance.

15. Les autres ascendants l'ont aussi, et l'ont encore que les pères et mères fussent vivans, tant cet acte est favorable; ce qui prouve invinciblement la proposition précédente.

Cela a été expressément jugé par l'Arrêt du 5 Juillet 1677, rapporté dans le troisième volume du Journal des Audiences, liv. 11, ch. 32. Ce même Arrêt est rapporté dans la cinquième partie du Journal du Palais, pag. 113 et cité par M. Ricard, au chapitre indiqué sur la proposition précédente, No. 856. Enfin l'art. 2 de l'Ordonnance de 1731 a fixé, sur ce, la Jurisprudence, et ne laisse plus, quant à ce, la moindre difficulté. L'opinion contraire était vaine subtilité et abus des principes de droit.

16. Dans les cas des deux dernières propositions, la faveur que méritent les mineurs, le bénéfice de restitution en entier qui leur est toujours ouvert, soutiennent une telle acceptation, qui, à la vérité, n'est pas faite dans toute la rigueur de la forme, mais forme qui n'est bonne que pour la thèse générale.

Par l'Arrêt du 17 Mai 1677, qui est à la suite de celui qu'on vient de citer, l'acceptation faite par une mère pour sa fille a été jugée valable, quoiqu'elle fût en puissance de mari, et qu'elle eût fait cette acceptation sans autorisation ; ce qui confirme encore plus ce que dessus.

* 1 *Sallé, l'Esprit des Ordonn., p. 7 et s.* } ART. 1ER DE L'ORD. DE 1731.— *Tous actes portant donation entre-vifs seront passés pardevant notaires, et il en restera minute, à peine de nullité.*

SERONT PASSÉS PARDEVANT NOTAIRES.

Les auteurs avaient été, jusqu'à notre ordonnance, partagés sur la question de savoir si une donation faite sous seing-privé était valable ou non. Les uns croyaient qu'il n'était pas besoin que la donation fût faite pardevant notaire, d'autant qu'aucune de nos lois ne le requiert, mais qu'il suffisait qu'elle fût signée du donateur et du donataire, pourvu cependant que la donation fût insinuée avant la dernière maladie du donateur. Duplessis sur Paris, *titre des donations*, *liv.* 2, *sect.* 5, semble incliner pour cet avis.

D'autres, à la tête desquels on peut mettre Ricard, étaient d'un avis contraire. Ils pensaient que comme les donations sous seing-privé n'ont aucune date certaine, et que tous les actes emportant hypothèque, faits postérieurement, y sont préférables, elles tombaient dans l'inconvénient de la règle *donner et retenir*, si elles demeuraient en cet état jusqu'au jour du décès du donateur, parce qu'il aurait toujours conservé par ce moyen la liberté de faire qu'elles ne subsistassent plus. L'insinuation, faite même avant la mort du donateur, ne pouvait pas parer à cet inconvénient, parce que le registre des insinuations peut bien faire foi que la donation a été insinuée, mais non pas prouver la vérité de la donation : autrement il n'y aurait rien de plus facile que de supposer de fausses donations selon la remarque judicieuse de Ricard. Il est vrai que, pour autoriser ce dernier sentiment, on ne rapportait aucun texte formel de loi, ni de coutume. On aurait cependant pu tirer quelque avantage de l'article CXXXIII de l'ordonnance de 1539, et de la déclaration rendue sur cette même ordonnance au mois de février 1549, qui veulent que, quand la donation est commencée en l'absence du donataire, l'acceptation soit faite par lui en présence de *personnes publiques et de témoins, ou de deux notaires ;* d'où il semble que l'on

peut conclure indirectement que toutes donations doivent être passées pardevant notaires et personnes publiques. Mais, pour trancher tout doute et toute difficulté, la présente ordonnance en a fait une loi précise, entendant que dorénavant *tous actes portant donation entre-vifs seront passés pardevant notaires.*

ET IL EN RESTERA MINUTE A PEINE DE NULLITÉ.

Cette seconde disposition est une suite nécessaire de la première ; car en vain aurait-on ordonné que les donations seraient faites devant notaires, si on n'eût en même temps statué qu'il en resterait minute, pour en conserver l'épreuve à l'abri de toute atteinte dans un dépôt public. En effet, il serait toujours au pouvoir des parties d'anéantir la donation quand elles le jugeraient à propos, si elle n'était qu'en brevet, ou s'il leur était permis d'en retirer la minute des mains du notaire ; ce qui serait d'ailleurs directement contraire à l'essence et à la nature de la donation entre-vifs, dont le caractère principal et distinctif est d'être irrévocable.

On ne pourrait même à présent avoir égard à l'ouverture proposée par Ricard, de faire une donation sous seing-privé, et la déposer ensuite chez un notaire, quand bien même il resterait minute de l'acte de dépôt. Car, quoique cet expédient semble remédier à tout inconvénient, l'article présent ne peut s'exécuter par équipollence ; il est impératif, et contient un commandement absolu : *tous actes portant donations entre-vifs, seront passés pardevant notaires, et il en restera minute à peine de nullité.*

ART. II.—*Les donations entre-vifs seront faites dans la forme ordinaire des contrats et actes passés pardevant notaires, et en y observant les autres formalités qui y ont eu lieu jusqu'à présent, suivant les différentes loix, coutumes et usages des pays soumis à notre domination.*

LES DONATIONS ENTRE-VIFS SERONT FAITES DANS LA FORME ORDINAIRE DES CONTRATS ET ACTES PASSÉS DEVANT NOTAIRES.

C'est-à-dire, que les donations doivent être passées pardevant deux notaires, ayant pouvoir et caractère sur les lieux, ou

pardevant un notaire et deux témoins ; qu'elles doivent être signées des deux notaires, ou du notaire et des deux témoins, ainsi que du donateur et du donataire ; et si l'un d'entre eux, soit le donateur, soit le donataire, ne sait signer, l'acte doit contenir déclaration expresse de leur part, qu'ils n'ont pu signer, à peine de nullité. Toutes ces formalités sont généralement de tous les contrats. Mais il y a cette différence entre les donations entre-vifs et les autres contrats, que les premières étant passées pardevant notaires, non ayant pouvoir, comme devant un notaire royal, hors de son ressort, (s'il n'était instrumentant par tout le royaume,) ou autre notaire subalterne dans le ressort duquel les deux contractants ne seraient point domiciliés, elles sont absolument nulles : au lieu que les autres contrats dans cette même espèce ne sont point tout-à-fait nuls, mais valent comme actes sous signatures-privées.

---

* *Ordon. de Frs. I, à Villiers-Cotterets, août* 1539, *art.* 133, 1 *Néron, p.* 239. } Et quant à celles qui seraient faites en l'absence des dits donataires, les notaires et stipulans pour eux, elles commenceront leur effet du temps qu'elles auront été acceptées par lesdits donataires, en la présence des donateurs et des notaires, et insinuées comme dessus, autrement elles seront réputées nulles, encore que par les lettres et instrumens d'icelles, y eût classe de retention d'usufruit ou constitutions de précaire, dont ne s'ensuivra aucun effet, sinon depuis que les dites acceptations ou insinuations auront été faites comme dessus.

---

* *Déclar. de Hen. II, Fév.* 1549, *art. IV*, 1 *Néron, p.* 271. } Et quant au six vingt treizième article (de l'ord. de 1539) touchant encore les dites donations, Nous voulons et ordonnons, en interprétant et modifiant le dit article, que les donations faites à personnes absentes se puissent accepter par les donataires en l'absence du donateur, pourvû que icelle dona-

tion soit acceptée du vivant du dit donateur, et que icelle acceptation soit faite en présence de personnes publiques et témoins, ou de deux notaires, et que l'instrument de la donation soit inséré en la note, acte et instrument de la dite acceptation.

---

* *S. R. B. C., ch.* 38, *s.* 10, 12, 13. } ACTE CONCERNANT LES TITRES DANS GASPÉ. — 10. Tout testament, acte ou convention par écrit, inventaire, partage, donation ou contrat de mariage fait et passé en aucun temps durant les trois années après le dit neuvième jour de mars, mil huit cent vingt-quatre, devant tout juge de paix, ministre, curé ou missionnaire, et deux témoins soussignés, ou devant le protonotaire de la cour provinciale du dit district inférieur, et deux témoins soussignés, portera hypothèque du jour où il a été fait et passé, et sera, de même que toute copie dûment certifiée d'icelui, pris et considéré comme valide et authentique dans toute cour de loi en cette province, de la même manière que s'il eût été fait et passé devant notaires; et les originaux ou minutes des dits actes comme susdit, transmis au protonotaire de la dite cour provinciale en vertu de l'acte du parlement du Bas Canada, 4 G. 4, c. 15, seront déposés et conservés par l'officier ayant la garde des registres de la dite cour, parmi les archives de son bureau, pour servir à telle fins que de droit, suivant l'intention du dit acte. 4 G. 4, c. 15, s. 10.

12. Tout testament, acte ou convention par écrit, inventaire, partage, donation ou contrat de mariage, fait et passé dans le district inférieur de Gaspé, entre le neuvième jour de mars, mil huit cent vingt-quatre (lequel est le jour où l'acte du parlement du Bas Canada, 4 G. 4, c. 15, a été passé) et le premier jour de mai, mil huit cent quarante, en la manière prescrite par la dixième section de l'acte cité en dernier lieu, et à l'égard duquel toutes les formalités voulues par la dite section ont été remplies, a porté et portera hypothèque, et a

eu et aura le même effet en loi suivant sa teneur que s'il eût été fait et passé devant notaires, et sera, de même que toute copie d'icelui dûment certifiée, pris et considéré comme valide et authentique dans toutes les cours de loi en cette province, tout comme s'il eût été fait et passé devant notaires. 3, 4 V., c. 5, s. 1.

13. Tout testament, acte ou convention par écrit, inventaire, partage, donation ou contrat de mariage fait et passé dans le dit district inférieur de Gaspé, après le dit premier jour de mai, mil huit cent quarante, en la manière prescrite dans la dixième section de l'acte cité en dernier lieu, et à l'égard duquel toutes les formalités de la dite section ont été remplies, portera hypothèque et aura le même effet légal que s'il eût été fait et passé devant notaires, et sera pris et reçu, aussi bien que toute copie d'icelui dûment certifiée, comme valide et authentique dans toutes les cours de loi en cette province, comme s'il eût été passé devant notaires :

---

* 3 *Ferrières, sur Cout. de Paris, Tit.* 13*e*, *p.* 1089, *Nos.* 48 *et s.* } 48. *S'il est nécessaire que le contrat de la Donation soit passé pardevant Notaires ?*

Il semble que cela ne soit pas nécessaire, vû qu'il suffit que la donation soit acceptée par le Donataire, ce qui se peut faire par une Donation sous signature privée, et qu'elle soit ensuite insinuée, ainsi qu'il sera dit cy-après.

Néanmoins il paraît par les termes de l'Ordonnance de 1539, art. 133, que son intention a été, que les Donations soient faites et passées pardevant Notaires, ou autres personnes publiques ; en ordonnant, que la Donation faite en l'absence du Donataire doit être acceptée par luy en la présence du Donateur, et des Notaires ; d'où on peut justement inférer et conclure, que les Donations doivent être faites pardevant Notaires.

D'ailleurs, si la Donation était faite sous signature privée, il serait facile aux contractants de la révoquer : le Donateur

pourrait la retenir pardevers luy, pour la mettre entre les mains du Donateur, quand il le trouverait à propos ; ainsi ce serait donner et retenir, contre la disposition de l'article 273, qui sert de règle et de maxime à toute la France.

Mais telle Donation serait valable, étant ensuite reconnue pardevant Notaires, et la minute déposée entre ses mains dans un temps non suspect de fraude, et auparavant la dernière maladie du Donateur, suivant l'avis de Ricard, *num.* 887.

49. Néanmoins la Donation sous signature privée, faite et acceptée par le Donataire, ne laisserait pas d'être valable contre le Donateur, lequel ne serait pas moins obligé de l'entretenir et de l'exécuter, ne pouvant pas contrevenir à son propre fait ; mais ses héritiers la pourraient contester, comme étant suspecte de fraude ; le Donateur étant censé en avoir gardé la minute jusqu'à sa dernière maladie ; ce qui est une nullité des Donations, suivant ledit article 273. Guerin sur l'article 272, est d'avis, que la Donation peut être faite sous signature privée.

50. Dufresne remarque un Arrest du Mardy 5 May 1626, qui a jugé, qu'une Lettre missive d'un particulier, portant déclaration de beaucoup de bienfaits et services qu'il avait reçus de son amy, et qu'en reconnaissance il l'assisterait toute sa vie et les siens, et qu'il donnait à ses enfans, qui étaient au nombre de trois, la somme de six cens livres à chacun, qui faisaient dix-huit cens livres ; et qu'au cas qu'il ne les baillât pas luy-même, il voulait qu'elle leur fût délivrée par ses héritiers, pour leur faire apprendre métier, était obligatoire, et une espèce de Donation rémunératoire.

Cette lettre avait été suivie de trois autres subséquentes, par lesquelles la même chose était déclarée : la Cour par cet Arrest adjugea aux trois enfans ladite somme de dix-huit cent livres.

Il est certain que dans la rigueur cette déclaration ne pouvait pas passer pour une Donation ; car supposé même qu'on puisse donner par Lettre missive, suivant la Loy *Aquilius Re-*

gulus, la Loy *Lucius Titius*, *ff. de donatio.* et la Loy *si mulier C. eod. tit.*

Néanmoins telles Donations ne sont point valables, à moins que la tradition réelle ou feinte ne s'en ensuive ; autrement c'est donner et retenir, ce qui est prohibé par l'article 274, de notre Coutume.

D'ailleurs, pour prendre la somme donnée sur les biens du Donateur, il faudrait qu'elle fût insinuée, comme il sera dit sur l'article 284, que l'acceptation est essentielle à la Donation.

Cependant la Lettre missive en question ne portait point l'acceptation du Donataire, et elle n'avait point été insinuée.

On ne peut pas dire, qu'elle pût valoir comme Donation à cause de mort, d'autant qu'elle n'en avait point la forme, suivant ce qui sera dit sur l'article 277.

Cet Arrest n'adjugea pas cette somme comme en vertu d'une Donation, mais seulement à cause de sa promesse contenue dans la Lettre missive, laquelle était fondée sur de grandes considérations, sçavoir, que le défunt avait demeuré longtemps dans la maison de celuy aux enfans duquel il avait donné la somme de dix-huit cens livres, qu'il lui avait payé à la vérité tous les frais qu'il avait faits pour luy, mais qu'ayant reçû de luy de grandes assistances dans ses maladies, il luy avait voulu témoigner sa reconnaissance, quoy qu'il n'y fût point obligé à la rigueur, et la Cour trouva cette cause très-favorable, *l. remunerandi. ff. mand. l. eum qui ff. de donatio.*

Ainsi cet Arrest ne pourrait être tiré à conséquence, que dans de semblables ou autres pareilles circonstances.

Ce qui se trouve jugé par un autre Arrest rendu dans l'espèce d'une Donation sous signature privée, dont voici le fait :

Maître Henry Levesque, Secrétaire du Roy et de la Cour, donna à un particulier ses Offices, avec tous les droits et émolumens qui y étaient annexez, par un acte sous seing privé, dont le corps était d'une autre main que de la sienne, signé seulement de lui ; par cet acte il déclara, que c'était pour le récompenser des bons offices qu'il luy avait rendus depuis

plusieurs années, l'ayant mené tous les jours au Palais, parce qu'il était incommodé de la vue.

Après la mort du Donateur, la Donation fut contestée au Donataire ; par Arrest du 29 Avril 1653, en l'Audience de la Grand-Chambre, la Donation fut déclarée nulle ; ordonné néanmoins, que la somme de trois mille livres qu'il avait déjà touchée, luy demeurerait, sans tirer à conséquence.

Que si la Donation faite sous signature privée est valable à l'égard du Donateur, il faut dire aussi, que celle qui est faite pardevant un Notaire, hors son ressort, est bonne et valable, non seulement à l'égard du Donateur, mais aussi de ses héritiers ; car il ne serait pas nécessaire de passer les Donations pardevant Notaires, si on ne craignait la fraude, et que contre l'intention de la Coutume, le Donateur ne donnât et ne retînt, en gardant pardevers luy la minute de la Donation : ce qui n'est pas à craindre, lorsque la Donation est faite pardevant un Notaire, quoique hors son ressort : en quoy il y a bien de la différence entre les Donations et les testamens, d'autant que le testament serait nul ; car étant un acte solennel, que la Coutume requiert être fait pardevant Notaires, lorsque le testateur ne l'a pas voulu faire olographe ; et les Notaires hors leur ressort, étans personnes privées et non publiques, les testamens qu'ils reçoivent ainsi ne peuvent point valoir.

Mais les Donations ne sont point actes solennels, mais des contrats, qui se peuvent faire sous signature privée, ou pardevant Notaires ; avec cette différence, que ceux qui sont faits pardevant Notaires, ne portent point hypothèque, et que les autres ne peuvent passer que pour des actes privés.

D'ailleurs, l'Ordonnance de 1539, ne requiert pas absolument, que les Donations soient faites pardevant Notaires ; et Ricard tient, que telles Donations seraient valables, parce que les Coutumes ne requièrent point que les Donations soient passées pardevant Notaires, et que cela ne peut être requis que pour donner sûreté, tant aux créanciers qu'aux héritiers des Donateurs, du temps que les Donations ont été passées ; et que c'est un des points jugez par un Arrest rendu en l'Au-

dience de la Grand-Chambre, de relevée, le Vendredy 2 Mars 1657, par lequel la Donation passée pardevant un Notaire hors les limites de son ressort, fut confirmée.

Il y a deux autres Arrests, qui ont jugé le contraire : Chopin, sur ce Titre, *num.* 18, en remarque un du 12 Mars 1583.

Mais cet Arrest a été donné en la Coutume de Poitou, dans l'espèce d'une Donation mutuelle faite entre mariez, laquelle en l'article 373, déclare nulles les Donations faites par un Notaire hors son territoire : ce qui par conséquent ne peut être tiré à conséquence hors de cette Coutume, laquelle en ce point est particulière.

Brodeau sur Monsieur Louet, lettre N, nomb. 10, en remarque un autre du mois de Juillet 1651, donné en la Grand' Chambre, au rapport de Monsieur Gontier ; et c'est le sentiment de cet Auteur.

L'Ordonnance déclare nuls tous les contrats passés par les Notaires hors leur ressort ; ainsi il semble, que suivant cette Ordonnance, les Donations ne peuvent être valables au préjudice d'un tiers, comme des héritiers ou des créanciers du Donateur : il faudrait une décision précise sur cette question, qui reçoit beaucoup de difficulté, y ayant des raisons de part et d'autre.

55. Maître Duplessis dit la même chose, et que la principale raison de la négative est, que comme elle est *sine die et consule*, et que tous les actes hypothécaires postérieurs luy sont préférables, elle tombe dans l'inconvénient de la règle, *donner et retenir ne vaut*, si elle demeure en cet état jusqu'au jour du décès du Donateur, puisqu'il est en la liberté de faire qu'elle ne subsiste pas ; à quoi on peut répondre que le Donataire a eu aussi le pouvoir de contraindre le Donateur de reconnaître son seing.

Par ces raisons, j'estime que la Donation est toujours valable à l'égard du Donateur ; mais que si elle ne paraît qu'après son décès, elle ne vaut ni contre ses héritiers, ni contre ses créanciers.

Une Donation de meubles peut être faite sans acte, soit par-

devant Notaires ou sous signature privée, pourvû qu'elle soit présentement et actuellement exécutée ; c'est-à-dire, que les meubles soient transférés en la possession du Donataire, et si c'est de l'argent, qu'il soit payé et compté actuellement et réellement.

La raison est, que les meubles n'ont point de suite par hypothèque, ainsi ils peuvent être transférés hors la possession du maître d'iceux, par sa seule volonté, sans que le Donateur en puisse être poursuivi, soit par le Donateur, ou ses héritiers, ou ses créanciers ; la Loy *si quidem* 8. *C. de O. et A.* décide en termes exprès, qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait acte d'une Donation d'une somme de deniers.

Si quidem Donationis causâ ei quem affectione patris te dilexisse proponis, tuam accipere pecuniam permisisti ; et hanc tuam liberalitatem ille remunerans te à procuratore suo aliam pecuniam sumere præcepit, rebusque humanis ante perceptionem fuit exemptus ; nec quod dederas, recuperare, cum perfectam habuit donationem, nec quod tibi dari mandavit, necdum tibi traditum petere potes à procuratore.

Cette question a été jugée ainsi par deux Arrests.

56. Le premier a été prononcé à Pâques 1607, dans cette espèce ; Monsieur Amyot, Evêque d'Auxerre, avait employé une somme considérable au bâtiment d'un Collège dans cette ville, sans aucun acte de Donation : après son décès ses héritiers prétendirent que les bâtimens faits leur appartenaient, à dessein de les rendre propres aux habitans de ladite Ville ; néanmoins la Cour jugea, que le Collège demeurerait à la Ville, suivant l'intention du défunt ; parce qu'il ne s'agissait que de sommes de deniers dont il s'était défait à mesure qu'il les avait employez.

Le deuxième est du 4 Août 1614, dont voicy le fait : Un particulier pourvû du Prieuré de S. Pierre-le-Moustier, à la charge de se faire Religieux dans l'Ordre de S. Benoist ; ayant fait ses vœux dans l'Abbaye de S. Martin d'Authun, il fit pendant le temps de sa possession plusieurs améliorations dans les bâtimens du Prieuré, fit bâtir une Bibliothèque, et la garnit

de livres, acheta des ornemens pour l'Eglise, et fit meubler le Prieuré.

Après sa mort il y eut contestation, l'Abbé d'Authun et les Religieux de la Congrégation de saint Maur prétendans qu'ils étaient compris dans son pécule à eux appartenans, ayant fait profession dans cette Abbaye.

Mais par l'Arrest la Cour ordonna qu'ils demeureraient au Prieuré à cause de la destination.

Il y a une autre espèce de Donation qui n'a pas besoin d'acceptation, appellée *Pollicitation*, qui est une simple promesse, par laquelle un particulier promet de faire quelque ouvrage pour le public ; en quoy elle diffère de la convention, laquelle ne se peut faire qu'entre deux ou plusieurs.

Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum ; et ideo illud est constitutum, ut si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur ; sed et cœptum opus, licèt non ob honorem promissum, perficere promissor cogetur, et est constitutum. Si quis quam ex pollicitatione tradiderat, rem municipibus vindicare velit, repellendus est à petitione. Æquissimum est enim hujusmodi voluntates in civitates collatas, pœnitentiâ non revocari. l. 3. *de pollicit.* La pollicitation étant faite pour une juste cause, oblige celuy qui l'a faite à exécuter sa promesse, *l.* 1. § 1. *et* 4. *d. t.*

On remarque un Arrest du 13 Juin 1657, qui a jugé que la simple pollicitation n'a pas besoin d'acceptation, lorsque l'ouvrage promis a été commencé : Dans le fait, Monsieur Lotthon avait obtenu des Lettres Patentes du Roy pour l'établissement d'une Mission dans la Ville de Crecy, en Brie, à laquelle le Roy donnait quatre mille livres de rentes à prendre sur les Aydes et sur les Regrats ; et Monsieur Lotthon avait promis par écrit signé de luy à Monsieur l'Evêque de Meaux, de faire valoir les rentes. Il y eut quelque contestation dans l'établissement, qui donna lieu au sieur de Lotthon de révoquer sa Donation, et d'en donner la moitié à l'Hôpital Général par une Donation acceptée et insinuée.

Par Sentence des Requêtes du Palais, il fut condamné d'en-

tretenir et d'exécuter sa première Donation ; et l'appel les Administrateurs de l'Hôpital Général étant intervenus, Monsieur l'Avocat Général fit connaître à la Cour, que la Donation du sieur de Lotthon avait été faite en forme de pollicitation, et que l'exécution en ayant été commencée par l'obtention des Lettres Patentes, elle était irrévocable ; ce qui fut jugé par l'Arrest.

---

* 8 *Pothier Donat.*, *sec.* 2, *art.* 4. } 130. L'ordonnance de 1731, art. 1er, veut que tous les actes portant donation soient passés pardevant notaires, et qu'il en reste minute, à peine de nullité.

Le motif de cette loi a été d'empêcher les fraudes et qu'il ne fût pas permis au donateur et en son pouvoir de faire des donations qu'il soit le maître de révoquer pendant sa vie, quoique conçues entre-vifs, en retenant pardevers lui l'acte de donation, ou en le mettant entre les mains d'une personne affidée qui aurait ordre de ne le remettre au donataire qu'après la mort du donateur, ou lorsque le donateur le jugerait à propos. C'est pour ôter ce moyen au donateur, que l'ordonnance veut qu'il reste une minute de la donation entre les mains d'un notaire, personne publique dont le donateur ne puisse être le maître. Sans cela, les donations sont suspectes de n'avoir pas le caractère d'irrévocabilité requis par nos lois dans les donations entre-vifs, et par la raison de cette suspicion, elles sont déclarées nulles.

131. Le donateur peut-il lui-même opposer ce défaut? On peut dire, en faveur du donateur, que la loi prononce indistinctement la peine de nullité : que nos lois ayant assujetti le contrat de donation à des formes à peine de nullité, dont une est " qu'il soit passé pardevant notaires," la donation est nulle, lorsqu'elle n'est pas revêtue de ces formalités ; que ce qui est nul ne peut produire aucun effet à tous égards ; et qu'ainsi, une donation qui manque de formalité ne peut, ni transférer la propriété des choses données, ni engager le donateur.

D'un autre côté, on peut dire contre le donateur, que l'ordonnance prononçant cette nullité pour empêcher les fraudes, parce que ces actes sont suspects de la fraude faite à la loi, touchant l'irrévocabilité des donations, il s'ensuit qu'il n'y a que ceux envers qui cette fraude pourrait avoir été commise, savoir les héritiers du donateur, et les tiers, qui soient recevables à alléguer cette fraude. Il est vrai que l'ordonnance de 1731 prononce indistinctement la peine de nullité pour le défaut d'insinuation, et cependant on n'a pas laissé de tenir que ce défaut ne pouvait être opposé par le donateur (1).

Il faut pourtant convenir que l'argument n'est pas concluant. L'insinuation ne concerne que la publicité de la donation, qui a toute sa force sans cela. L'acte par-devant notaires est requis pour la forme même de l'acte; c'est pourquoi on ne peut guère se dispenser de regarder la donation comme entièrement nulle sans cela (2).

Il reste à observer que cette disposition de l'ordonnance n'a pas lieu pour la donation des choses mobilières, lorsqu'il y a tradition réelle; car, en ce cas, il n'est besoin d'aucun acte.

---

* *Ord. de* 1731, citée par *Denizart* et *Sallé*.

---

* 7 *N. Denizart*, *Vbis Don. entre-vifs*, § XI, *p.* 55. } 1. Nos lois ont assujéti les donations entre-vifs à différentes règles qu'il faut observer à peine de nullité de la convention. Les unes concernent la convention en elle-même; les autres, les formalités de l'acte dans lequel est rédigée la convention.

(1) Pothier semble ici avoir oublié que l'art. 27 de l'ordonnance de 1731 exceptait formellement le donateur du nombre des personnes qui avaient le droit d'opposer le défaut d'insinuation : " *et généralement par tous ceux qui y ont intérêt, autres néanmoins que le donateur.* " (BUGNET.)

(2) L'acte notarié, la minute, l'acceptation expresse, sont des formalités intrinsèques et constitutives de la donation, sans lesquelles elle n'existe pas. (BUGNET.)

Les règles concernant la convention en elle-même, sont au nombre de deux.

1o. Le donateur doit se dessaisir de la propriété de la chose donnée, et en faire la tradition à son donataire : voyez le § VII.

2o. Le donateur ne doit pas se réserver la liberté de révoquer à son gré sa donation : voyez le § VIII.

Les formalités de l'acte de donation lui sont communes avec tous les autres actes, ou bien lui sont particulières.

Les formalités particulières à la donation, sont intrinsèques ou extrinsèques.

Les formalités intrinsèques sont au nombre de trois.

1o. L'acte doit contenir une mention expresse de l'acceptation : voyez *Acceptation*, *tom.* 1, *page* 87.

2o. L'acte doit être passé devant notaires.

3o. Il doit en rester minute.

Il est en outre une formalité particulière à l'acte de donation, qui lui est extrinsèque. L'acte doit être insinué : voyez *Insinuation.*

Quant aux formalités qui sont communes aux donations et à d'autres actes, les donations entre-vifs sont sujettes à toutes les formalités des actes passés devant notaires, sans aucune exception : c'est la disposition de l'ordonnance de 1731.

Art. 2. " Les donations entre-vifs seront faites en la forme ordinaire des contrats et actes passés pardevant notaires, et en y observant les autres formalités qui y ont eu lieu jusqu'à présent, suivant les différentes loix, coutumes et usages des pays soumis à notre Domination."

Nous n'entrerons pas ici dans le détail des formalités communes à tous les actes passés devant notaires : voyez *Acte notarié*, *tom.* 1, *p.* 183. Nous ajouterons seulement quelques observations à ce que nous avons dit, que toute donation doit être passée devant notaires avec minute.

C'est ce que prescrit l'article 1 de l'ordonnance de 1731.

2. " Tous actes portant donation entre-vifs, seront passés pardevant notaires; et il en restera minute, à peine de nul-

lité." Ainsi, les donations sous seing privé sont nulles : il faut en dire autant des donations passées devant notaires en brevet et sans minute.

Le motif de la loi a été de rendre stable l'exécution des donations; d'empêcher qu'il ne soit permis au donateur de faire des donations conçues entre-vifs, qu'il serait le maître de révoquer à son gré, pendant sa vie, en retenant par devers lui l'acte de donation, ou en le mettant entre les mains d'une personne affidée, qui aurait ordre de ne le remettre au donataire qu'après la mort du donateur, ou lorsqu'il le jugerait à propos. C'est pour ôter au donateur cette faculté de révoquer à son gré, que l'ordonnance exige, non-seulement qu'il en soit passé acte devant notaires, mais encore qu'il reste entre les mains du notaire, qui est une personne publique, une minute de la donation, dont le donateur ne puisse être le maître.

Nous avons cité au mot *Contrat de mariage*, § I, *No.* 6, *tom.* 5, *page* 478, un arrêt du 30 mai 1742, qui a confirmé la donation faite par un contrat de mariage passé devant notaires, en brevet, sans minute. Quelques personnes ont pensé que cet arrêt avait jugé contre l'ordonnance de 1731. Pour être contraire, il suffit d'observer que le contrat de mariage avait été passé le 16 mars 1730, près d'un an avant l'ordonnance.

Les contrats de mariage sous seing privé, dont l'usage s'est conservé dans la province de Normandie, et quelques autres, peuvent, à cause de l'usage, valoir dans ces provinces, pour les conventions ordinaires du mariage. Mais les donations entre-vifs qu'ils contiendraient sont nulles, d'après la disposition précise de l'ordonnance.

3. La donation entre-vifs, reçue par un notaire hors du lieu où il a droit d'instrumenter, est nulle. La loi veut, à peine de nullité, que cet acte soit reçu par un officier public; et les notaires ne sont que des particuliers, hors du lieu où ils ont droit d'instrumenter.

4. La donation en brevet passée devant notaires, avec deux originaux, dont l'un serait délivré au donateur, et l'autre au

donataire, serait radicalement nulle par le défaut de minute. Il en serait de même si le donateur, conservant l'original de l'acte passé en brevet, en faisait délivrer une expédition au donataire. La minute ou original de l'acte de donation doit rester chez le notaire, à peine de nullité. Il est étonnant que Furgole, *Don.*, *art.* 1, *page* 16, soit d'avis que la donation, dont l'original ne reste pas chez le notaire, soit valable, quand le donataire en a un double, ou une expédition en forme; c'est s'écarter manifestement de la disposition de l'ordonnance.

5. La donation faite par acte sous seing privé, que l'on aurait fait contrôler, et que l'on aurait déposé pour minute chez un notaire, serait-elle valable?

Le contrôle et le dépôt chez un notaire sont des formalités extrinsèques à l'acte. Elles ne peuvent pas suppléer au défaut des formalités intrinsèques de l'acte, ni valider un acte nul dans son principe. La donation sous seing privé est nulle aux termes de la loi. Elle continuera de l'être malgré le contrôle et le dépôt chez un notaire.

Par la même raison, la donation faite en brevet sera nulle, quoique l'original en ait été depuis déposé pour minute chez un notaire.

6. La perte de la minute de l'acte n'entraîne pas la nullité de la donation. Les termes de l'ordonnance, *il en restera minute, à peine de nullité*, veulent dire qu'au moment de l'acte il sera fait, à peine de nullité de la donation, une minute pour rester chez le notaire. Mais ils ne veulent pas dire que la donation sera nulle, si, par la suite il n'en existe plus de minute, parce que la minute dressée aura été brûlée, soustraite, ou égarée.

Le parlement de Besançon avait pensé qu'on pouvait donner ce mauvais sens aux termes de l'ordonnance; en conséquence, il en avait fait mention dans les remontrances qu'il adressa au roi sur cette loi. Voici comme y répond M. le chancelier Daguesseau, *tom.* 9, *lett.* 289, *page* 353. " Le sens de l'article premier ne peut faire naître aucun doute: ces termes *à peine de nullité* tombent et sur la nécessité de passer les donations entre-vifs pardevant notaires, et sur l'obligation

d'en laisser une minute ; il suffit, sans doute, que ces deux règles aient été observées dans le temps de la donation. L'article premier décide seulement qu'il doit rester une minute de toute donation. Il ne porte point (et il ne pouvait le porter), que la soustraction postérieure de cette minute opérera la nullité d'un acte, qui avait toute sa perfection dans le temps qu'il a été fait. "

7. Le donateur peut-il opposer la nullité provenant du défaut de minute ?

La question proposée n'est pas difficile à résoudre, en suivant les principes.

Entre les formalités à remplir pour assurer la validité d'un acte quelconque, il faut distinguer les formalités intrinsèques, sans lesquelles la loi ne l'admet pas comme un acte régulier ; et les formalités extrinsèques qui s'accomplissent depuis la perfection du même acte, mais que la loi exige pour en ordonner l'exécution. Faute d'observer les formalités intrinsèques de l'acte de donation, il n'existe ni acte de donation qui soit en règle, ni convention parfaite. Le donateur qui n'est pas encore lié peut retirer sa parole. C'est ainsi que l'acceptation, étant une formalité intrinsèque au contrat de donation, le donateur ne peut être engagé, et la donation ne peut produire aucun effet aux termes de l'article 5 de l'ordonnance, que du jour qu'elle aura été acceptée par le donataire, ou par son procureur général ou spécial. Il doit en être de même de l'obligation de passer l'acte devant notaires, et avec minute ; faute d'observer ces formalités intrinsèques, il n'y a point d'acte régulier, ni de convention parfaite. La donation souscrite sous seing privé, ou pardevant notaires en brevet, est radicalement nulle ; elle n'engage en aucune manière le donateur, et celui-ci peut opposer le défaut de minute.

Voy. *Guyot*, sur art. 777.

[ARTICLE 777.]

* *C. N.* 931. } Tous actes portant donation entre-vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité.

---

777. Il est de l'essence de la donation faite pour avoir effet entre-vifs, que le donateur se dessaisisse actuellement de son droit de propriété à la chose donnée.

[Le consentement des parties suffit comme dans la vente sans qu'il soit besoin de tradition.]

Le donateur peut se réserver l'usufruit ou la possession précaire, et aussi céder l'usufruit à l'un et la nue propriété à l'autre, pourvu qu'il se dessaisisse de son droit à la propriété.

La chose donnée peut être réclamée, comme dans le contrat de vente, contre le donateur qui la retient, et le donataire peut demander que s'il ne l'obtient pas la donation soit résolue, sans préjudice aux dommages - intérêts dans les cas où ils sont exigibles.

[Si sans réserve d'usu-

777. It is essential to gifts intended to take effect *inter vivos* that the donor should actually divest himself of his ownership in the thing given.

[The consent of the parties is sufficient, as in sale, without the necessity of delivery.]

The donor may reserve to himself the usufruct or precarious possession, or he may pass the usufruct to one person, and give the naked ownership to another, provided he divests himself of his right of ownership.

The thing given may be claimed, as in the case of sale, from the donor who withholds it, and the donee may demand the rescission of the gift in default of its being delivered, without prejudice to his damages in cases where he may claim them.

[If without reservation

fruit ou de précaire le donateur reste en possession sans réclamation jusqu'à son décès, la revendication peut avoir lieu contre l'héritier, pourvu que l'acte ait été enregistré du vivant du donateur.]

La donation d'une rente créée par l'acte de donation, ou d'une somme d'argent ou autre chose non déterminée que le donateur promet payer ou livrer, dessaisit le donateur en ce sens qu'il devient débiteur du donataire.

of usufruct or of precarious possession, the thing given remain unclaimed in the hands of the donor until his death, it may be revendicated from his heirs, provided the deed has been registered during the lifetime of the donor.]

The gift of an annuity created by the deed of such gift, or of a sum of money or other indeterminate thing which the donor promises to pay or to deliver, divests the donor in the sense that he becomes the debtor of the donee.

---

* 6 *Guyot*, *Vo. Donation*, *p.* 177-8. } L'ordonnance de 1731, en réduisant toutes les formes de disposer à celles de la Donation entrevifs et du testament, a fixé de la manière la plus formelle, le caractère propre à la Donation entre-vifs : elle proscrit hautement toute condition qui tend à altérer l'irrévocabilité.

L'article 15 veut que la Donation entre-vifs ne puisse comprendre *que les biens présens*, parce qu'il ne peut pas y avoir de tradition irrévocable des choses futures. Le même article veut que la Donation des meubles, lorsqu'elle ne contient point de tradition réelle, contienne *un état des meubles donnés.* L'article 16 déclare nulles les Donations mêmes qui n'ont pour objet que les biens présens, si elles sont faites *à condition de payer les dettes et charges de la succession du donateur*, ou autres *que celles qui existaient au temps de la Donation.* Enfin,

l'ordonnance déclare généralement nulles *toutes les Donations faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur.*

Ces dispositions établissent de la manière la plus formelle, que l'irrévocabilité est l'âme des Donations, et la nullité qu'elles prononcent est autant en faveur des héritiers qu'au profit des créanciers et tiers détenteurs.

Or, nous avons démontré plus haut que la formalité de la tradition tient essentiellement à ce principe de l'irrévocabilité ; qu'elle en dérive et qu'elle en forme le sceau.

Il ne suffit point que le donateur soit lié personnellement par un lien irrévocable, il faut aussi que la propriété soit vraiment transférée irrévocablement. Il ne suffit pas que le donateur soit lié de droit, il faut qu'il le soit de fait.

Si une Donation avait été faite sous la condition expresse de pouvoir aliéner ou hypothéquer, elle serait nulle aux termes de l'ordonnance. Mais dans les coutumes de nantissement, une Donation sur laquelle il n'intervient point de tradition produit le même effet que si elle renfermait la condition de payer les dettes que le donateur contracterait depuis, puisque dans le fait il demeure libre d'en charger la chose donnée.

Vainement opposerait-on que le donataire aurait un recours contre le donateur ou la succession. Une Donation faite à la charge de pouvoir aliéner ou hypothéquer la chose donnée, même sous la condition expresse du recours, serait radicalement nulle, parce que le donateur n'aurait pas donné irrévocablement la chose, parce que, l'efficacité du recours dépendant de la solvabilité future du donateur, le donataire ne serait saisi de rien ; parce que le donateur, en accordant une action d'indemnité qu'il serait libre de ne faire naître que quand il voudrait, aurait plutôt en vue de dépouiller ses héritiers que de se dépouiller lui-même.

La Donation non suivie de tradition dans les coutumes qui l'exigent, quand on accorderait un pareil recours au donataire, ne produirait pas plus d'effet, que celle dont on vient de

donner l'exemple, et par conséquent serait également contraire au principe de l'irrévocabilité.

---

* *C. de Paris*, *art.* 273-4. } 273. Donner et retenir ne vaut.

274. C'est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée, ou qu'il demeure en possession jusqu'au jour de son décès.

---

778. L'on ne peut donner que les biens présents par actes entrevifs. Toute donation des biens à venir par les mêmes actes est nulle comme faite à cause de mort. Celle faite à la fois des biens présents et de ceux à venir est nulle quant à ces derniers, mais la disposition cumulative ne rend pas nulle la donation des biens présents.

La prohibition contenue au présent article ne s'applique pas aux donations faites par contrat de mariage.

778. Present property only can be given by acts *inter vivos*. All gifts of future property for such acts are void, as made in contemplation of death. Gifts comprising both present and future property are void as to the latter, but the cumulation does not render void the gift of the present property.

The prohibition contained in this article does not extend to gifts made in a contract of marriage.

---

* 1 *Ricard*, 1ère *part.*, *ch.* 7, *s.* 2, *No.* 1024 (*avec restriction*). } 1024. Je n'approuve pourtant pas généralement l'opinion qui est contraire à celle de M. Du Val, quoique M. Cujas *ad l. si quis argentum*, *C. de donationib.* l'admette sans aucune distinction ; en soutenant que dans notre espèce, la donation

doit demeurer nulle à l'égard des biens à venir, et avoir son exécution pour les biens présens. Je voudrais pour recevoir ce partage, qu'il eût été stipulé, qu'en cas que la donation ne pût pas valoir pour le tout, elle aurait son effet pour les biens présens, ou du moins qu'il parût par les termes avec lesquels la donation a été conçue, que l'intention du donateur eût été d'en souffrir la division, en cas qu'elle ne pût pas subsister pour les biens à venir : sinon, et lorsque la donation des deux espèces de biens présens et à venir, est tellement jointe, qu'il n'y a pas lieu de présumer que le donateur se fût porté à donner l'un sans l'autre ; on ne peut lui faire ce préjudice, de faire subsister le contrat pour les biens présens, en le cassant pour les biens à venir.

---

* 8 *Pothier*, *Donat.*, *No.* 79 *et s.* } 79. C'est le caractère essentiel et distinctif de la donation entre-vifs d'être irrévocable ; car c'est ce qui la distingue de la donation pour cause de mort, d'où il suit que tout ce qui blesse cette irrévocabilité, est un vice qui annulle la donation entre-vifs, parce qu'il en détruit la cause.

Ce que nous disons ne doit pas être entendu absolument de toute irrévocabilité, mais, relativement au donateur, de celle qui consiste en ce qu'il ne soit pas laissé en sa liberté de détruire, ni même d'altérer le moins du monde l'effet de la donation. Au reste il n'est pas contraire à la nature des donations entre-vifs qu'elles soient révocables sous quelque condition casuelle qui ne dépende pas de la volonté du donateur, et elles peuvent être valablement faites à la charge de révocation sous quelques-unes de ces conditions.

C'est en conséquence de l'irrévocabilité que nous disons être de l'essence des donations entre-vifs, que les coutumes, en expliquant la maxime *donner et retenir ne vaut*, disent que c'est donner et retenir, quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose donnée ; car cette faculté qu'*il se réserve d'en disposer*, empêche que la donation

ne soit irrévocable, et par conséquent détruit sa nature et la rend nulle.

80. Il suit de là,—1o. qu'on ne peut donner ses biens à venir ; car cette donation pêche et par le défaut de tradition, puisque le donateur ne peut pas se dessaisir de ce qu'il n'a pas encore, et par le défaut d'irrévocabilité ; car étant en la liberté du donateur d'acquérir ou de ne pas acquérir des biens, il demeurerait en sa liberté de donner ou de ne pas donner d'effet à la donation.

De là il suit,—2o. qu'on ne peut donner sous une condition qui dépende de la volonté du donateur, même ses biens présents, ni quelque chose particulière ; car cette donation pèche par le défaut d'irrévocabilité, le donateur étant le maître, en faisant manquer la condition, d'en anéantir l'effet.

De là il suit,—3o. qu'on ne peut donner à la charge de payer les dettes que le donateur contractera par la suite. Cette donation pèche par le défaut d'irrévocabilité : car le donateur ayant la liberté d'en contracter tant qu'il lui plaira, conserve la liberté de disposer des biens qu'il a donnés, et de détruire entièrement l'effet de sa donation en l'absorbant par les dettes qu'il contractera. Ordonnance de 1731, art. 16.

De là il suit,—4o. que, si la donation était faite à la charge de payer les dettes que le donateur contractera jusqu'à concurrence néanmoins d'une certaine somme, la donation ne sera pas à la vérité entièrement nulle, mais elle le sera jusqu'à la concurrence de cette somme, quand même le donateur n'aurait pas usé de cette liberté et n'aurait contracté aucune dette ; car le donateur ayant eu la liberté de diminuer l'effet de sa donation jusqu'à concurrence de cette somme, il s'ensuit qu'elle n'a pas été irrévocable jusqu'à la concurrence de cette somme, et par conséquent qu'elle est nulle jusqu'à cette concurrence. Ordonnance de 1731, art. 16.

Par la même raison, si quelqu'un avait donné tous ses biens présents à quelqu'un, " en se réservant néanmoins la faculté de disposer ou de tester d'une certaine somme," quand bien même il serait dit expressément par l'acte " que la somme,

au cas qu'il n'en eût pas disposé, demeurerait comprise en la donation," néanmoins la donation serait nulle jusqu'à concurrence de cette somme, parce qu'elle n'était pas irrévocable jusqu'à la concurrence de cette somme.

De là il suit,—5o. que l'ordonnance de 1731, art. 15, a fort bien décidé que la donation des biens présents et à venir, n'était pas valable, quand même le donataire aurait été mis en possession des biens présents ; parce que cette donation contenant en soi la charge de payer toutes les dettes que le donateur contractera, elle pèche par le défaut d'irrévocabilité, puisque le donateur, en se réservant la liberté de charger son donataire des dettes qu'il contractera, se réserve par là indirectement la liberté d'anéantir la donation des biens, même présents, en contractant des dettes qui absorbent tant les biens qu'il acquerra que les présents.

81. La jurisprudence, avant l'ordonnance, était contraire à cette décision, et on jugeait que la donation n'était nulle que pour les biens à venir, et que le donataire n'était pas chargé des dettes contractées depuis la donation : ces dettes étant une charge des biens à venir qu'il n'avait pas, et non des biens présents. Arrêts des 24 mai 1718, et 24 janvier 1719, au septième tome du *Journal des audiences* (liv. 1, ch. 61, et liv. 1, ch. 4).

Mais le sentiment qu'a embrassé l'ordonnance et qui est aussi celui de Ricard, paraît bien plus conforme aux principes ; car le donateur qui avait donné ses biens présents et à venir, n'avait pas entendu faire deux donations, l'une de ses biens présents, à la charge de ses dettes présentes, et l'autre de ses biens à venir, à la charge des dettes qu'il contracterait; mais il n'avait entendu faire qu'une seule et même donation, et par conséquent la charge de payer les dettes qu'il contracterait, qui était inhérente à cette donation, était dans l'intention du donateur une charge de tout ce qu'il donnait, des biens présents comme des biens à venir.

83. Les donations faites par contrat de mariage aux conjoints, ou à ceux qui naîtront du mariage, par quelque per-

sonne que ce soit, ne sont pas sujettes aux règles établies dans les paragraphes précédents et ne peuvent être attaquées de nullité, faute de tradition ou d'irrévocabilité.

84. C'est pourquoi, 1o. l'ordonnance de 1731, art. 17, décide que ces donations peuvent comprendre les biens à venir, et que, lorsque la donation par contrat de mariage a été faite des biens présents et à venir, il est au choix du donataire, ou d'accepter tous les biens tels qu'ils se trouvent lors du décès du donateur en se chargeant de toutes les dettes, même postérieures à la donation, ou de s'en tenir aux biens existants lors de la donation, en se chargeant seulement des dettes et charges qui existaient audit temps.

2o. Elle décide que ces donations faites par contrat de mariage peuvent être faites sous des conditions qui dépendent de la volonté du donateur.

3o. Qu'elles peuvent être faites à la charge de payer les dettes qu'il contractera.

4o. Que le donateur peut, dans ces donations, se réserver la faculté de disposer de certaines choses, ou de certaines sommes et que, lorsqu'il meurt sans en avoir disposé, ces choses demeurent comprises en la donation. Ordonnance de 1731, art. 18.

---

* *Ord. des Don.* 1731, *art.* 3 *et* 4. } Art. 3.—Toutes donations à cause de mort, à l'exception de celles qui se feront par contrat de mariage, ne pourront dorénavant avoir aucun effet dans les pays mêmes où elles sont expressément autorisées par les loix ou par les coutumes, que lorsqu'elles auront été faites dans la même forme que les testaments ou les codicilles, en sorte qu'il n'y ait à l'avenir dans nos états, que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, dont l'une sera celle des donations entre-vifs, et l'autre celle des testaments ou des codicilles.

Art. 4.—Toute donation entre-vifs, qui ne serait valable en cette qualité, ne pourra valoir comme donation ou disposition

à cause de mort, ou testamentaire, de quelque forme qu'elle soit revêtue.

---

* 1 *Sallé*, *sur art.* 4, *Ord.* 1731. } Tous les auteurs, même ceux qui n'admettent d'autres donations à cause de mort, que celles qui sont revêtues de toutes les formalités des testaments, pensaient, d'après l'article CCLXXVII de la coutume de Paris, que les donations entre-vifs faites par un homme malade de la maladie dont il meurt, ne pouvant valoir comme donations entre-vifs, sont réputées à cause de mort et testamentaires, et par conséquent sont valables, si elles sont revêtues de toutes les formalités prescrites pour les testaments, c'est-à-dire, que si ces donations revêtues des formalités des testaments, n'excèdent point ce dont il est permis de disposer par testament, elles sont valables pour le tout ; et si elles excèdent, elles sont réductibles à ce dont il est permis de disposer par testament.

Mais le présent article a fixé sur cela le véritable sens de l'article CCLXXVII de la coutume de Paris, qui porte précisément que *toutes donations, encore qu'elles soient conçues entre-vifs, faites par personnes gisantes au lit, malades de la maladie dont ils décèdent, sont réputées faites à cause de mort et testamentaires ;* d'où il suit que ces donations étaient autrefois valables, comme donations à cause de mort, suivant le sentiment des jurisconsultes, si on y avait observé les formalités des testaments. Mais, dorénavant *toute donation entre-vifs qui ne sera valable en cette qualité*, (comme si elle était faite par quelque personne, malade de la maladie dont elle est ensuite décédée,) *ne pourra valoir comme donation ou disposition à cause de mort ou testamentaire, de quelque formalité qu'elle soit revêtue ;* c'est-à-dire, quand bien même elle serait revêtue des formalités des testaments. La raison de cette décision, c'est qu'alors le donateur *fecit quod non potuit ;* et n'ayant point fait une disposition testamentaire, *quod potuit, non fecit.* C'était même avant l'ordonnance, la dernière jurisprudence du châtelet et du parlement de Paris.

Néanmoins je pense qu'il pourrait encore y avoir un cas où l'on pourrait concilier le présent article avec l'article CCLXXVII de la coutume de Paris, ou du moins appliquer la disposition présente de l'ordonnance, dans le sens qu'elle donne à l'article de la coutume. Si par exemple, un homme gisant au lit malade de la maladie dont il serait ensuite décédé, avait fait une donation qualifiée entre-vifs, mais qui aurait tous les caractères d'une libéralité testamentaire, comme d'être révocable *ad nutum*, et qui d'ailleurs serait revêtue de toutes les formalités des testaments, je crois qu'une telle donation n'ayant contre elle qu'une fausse dénomination d'entre-vifs, mais étant bien réellement et en soi une disposition de dernière volonté, devrait avoir son entière exécution, conformément à l'article CCLXXVII de la coutume, sans qu'on lui pût appliquer l'article IV de notre ordonnance.

---

* 7 *N. Deniz.*, *V. Don. entre-vifs.* } 8. On verra au § suivant, que la donation entre-vifs exige le dessaisissement de la chose donnée. Or comme il est impossible de se dessaisir des biens qu'on ne possède pas, et auxquels on n'a encore aucun droit acquis, les donations entre-vifs des biens à venir, et de tout bien qu'on ne possède pas au moment de la donation, sont des donations nulles.

Avant l'ordonnance de 1731, ce principe avait été modifié par la jurisprudence, qui avait confirmé en certains cas, comme donations entre-vifs, des donations de biens à venir ; mais il a été rétabli dans son intégrité, sauf une seule exception, par les articles 15 et 17.

Art. 15. " Aucune donation entre-vifs ne pourra comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendront au donateur dans le moment de la donation."

Art. 17. " Voulons néanmoins que les donations faites par contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendans, même par des collatéraux, ou par des étrangers, soient exceptées de la disposition de l'artlcle 15 ci-dessus, etc."

Les donations entre-vifs de biens présens et à venir, nulles pour les biens à venir, le sont-elles également pour les biens présens ?

§ IX, No. 3. Par suite de ce principe, les donations entre-vifs de biens présens et à venir, nulles pour les biens à venir comme donations de biens qui n'existent pas encore, sont nulles, même pour les biens présens, comme faites sous une condition dont l'exécution dépend de l'entière volonté du donateur. Celui-ci n'entend faire qu'une seule et même donation de ses biens présens et à venir, à la charge de payer les dettes présentes et à venir : *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno.* Il n'entend pas faire deux donations, l'une de ses biens présens, à la charge des dettes présentes ; l'autre de ses biens à venir à la charge des dettes à venir. La charge de payer les dettes à venir, est imposée aux biens présens comme aux biens à venir. Le donateur peut faire évanouir les uns et les autres par des dettes nouvellement contractées. La donation est donc nulle pour le tout, même pour les biens présens : tel était l'avis de Ricard, Des donations, *part.* 1, *No.* 1020 *et suiv.*

La jurisprudence était contraire avant l'ordonnance à cette décision. On jugeait que la donation était nulle seulement pour les biens à venir, mais qu'elle était valable pour les biens présens, à la charge de payer les dettes existantes au moment de la donation : voyez au Journal des audiences, *tom.* 7, les arrêts des 24 mai 1718, et 24 janvier 1719. Mais l'ordonnance a adopté le sentiment de Ricard : " Défendons de faire dorénavant aucunes donations des biens présens et à venir...... à peine de nullité desdites donations, même pour les biens présens ; et ce encore que le donataire eût été mis en possession du vivant du donateur desdits biens présens en tout ou en partie" : *art.* 15.

M. Daguesseau donne le motif de cette disposition dans sa lettre du 30 juin 1731 au parlement de Toulouse, *tom.* 9, *let.* 293, *pag.* 377 : " Si le roi n'a pas jugé à propos de permettre la séparation des biens présens et des biens à venir, c'est parce qu'il a paru contraire aux véritables principes, de diviser un

acte qui a été originairement un dans l'esprit des contractans : ce qui a paru d'autant plus injuste, que les choses n'étant plus entières lorsqu'on ferait cette distinction, il serait impossible de savoir si elle était conforme à l'intention du donateur ". Il s'en explique à peu près dans les mêmes termes, dans ses lettres aux parlemens de Grenoble, *ibid. pag.* 350, et de Bordeaux, *pag.* 364.

---

* 2 *Bourjon, Dr. Com., Tit.* 4, 3*e part., ch.* 3, *sec.* 4, *No.* 26 (*contrà*), *p.* 96. } Elle est nulle, même pour les biens présens, parce que dans l'expression, comme dans l'intention, elle ne comprend que ce qui reste de net, toutes dettes acquittées, la jonction des biens à venir emportant la charge de toutes les dettes indistinctement, charge que le donateur pourrait multiplier à son gré ; ainsi c'était de sa part donner et retenir ; ce qui ne vaut, et ce qui détruit par conséquent la donation en totalité.

Voyez cependant l'Arrêt rapporté par M. Soëfve, tom. 1, cent. 3, ch. 95, qui confirme une telle donation. M. le Brun, en son Traité des Successions, page 620, 621, et suivantes, et M. Duplessis, page 558, qui ont estimé une telle donation valable pour le tout. M. Ricard, des Donations, partie 1, ch. 4, sect. 2, distinct. 2, ce qu'on n'indique que pour faire connaître quelle était sur cela ci-devant la variété des opinions que la sagesse de l'Ordonnance a fait cesser.

---

* *C. N.* 943. } La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présens du donateur ; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard.

[ARTICLE 779.]

779. Le donateur peut stipuler le droit de retour des choses données, soit pour le cas de prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants.

La condition résolutoire peut dans tous les cas être stipulée soit au profit du donateur lui-même, soit au profit des tiers.

L'exercice du droit de retour ou autre droit résolutoire a lieu en matière de donation de la même manière et avec les mêmes effets que l'exercice du droit de réméré dans le cas de vente.

779. A donor may stipulate for the right of taking back the thing given, in the event of the donee alone, or of the donee and his descendants dying before him.

A resolutive condition may in all cases be stipulated, either in favor of the donor alone, or of third persons.

The right to take back, or any other resolutive right, is exercised in cases of gift in the same manner and with the same effects as the right of redemption in the case of sale.

---

* *C. De Don. quæ sub modo, L.* 2. } 2. Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus accepit, ad te rediret, donatio valet : cùm etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quæ ei imposita est, conservanda.

Proposit. 5 id. mart. Maximo II. et Aquilino Coss. 286.

Ibidem. Trad. de P. A. Tissot. } 2. La donation par laquelle vous avez transféré à quelqu'un la propriété de vos biens sous la condition qu'à sa mort ils retourneraient à vous, est valable ; parce qu'étant permis de faire des donations pour un certain tems, soit déterminé, soit indéterminé, le donataire est tenu de se conformer à cette condition.

Fait le 5 des ides de mars, sous le deuxième consul. de Maxime et le premier d'Elien. 286.

[ARTICLE 779.]

* *Pothier, Oblig.,* *No.* 72-73. } 72. Cet engagement que contracte le donataire envers ce tiers, " d'accomplir la charge sous laquelle la donation a été faite ", et d'où naît cette action, est un engagement qui n'est pas à la vérité proprement formé par le contrat de donation, ce contrat ne pouvant pas par lui-même, et *propriâ virtute*, produire un engagement envers un tiers, et donner un droit à un tiers qui n'y était pas partie. C'est l'équité naturelle qui forme cet engagement; parce que le donataire ne peut, sans blesser l'équité, et sans se rendre coupable de perfidie, retenir la chose qui lui a été donnée, s'il n'accomplit pas la charge sous laquelle la donation lui a été faite, et à laquelle il s'est soumis en acceptant la donation. C'est pourquoi l'action qui est accordée à ce tiers, est appelée en la loi 3, ci-dessus citée, *actio utilis*, qui est le nom que les jurisconsultes romains donnent aux actions qui n'avaient pour fondement que l'équité; *quæ contra subtilitatem juris, utilitate ita exigente, ex sola æquitate concedebantur.*

73. De là naît une autre question, qui est de savoir si, vous ayant donné une chose à la charge de la restituer à un tiers dans un certain temps, ou de lui donner quelque autre chose, je puis vous remettre cette charge sans l'intervention de ce tiers qui n'était pas partie à l'acte; et qui n'a pas accepté la libéralité que j'exerçais envers lui, en vous imposant cette charge.

Les auteurs ont été partagés sur cette question.

Grotius, *de Jure belli et pacis*, II, IX, 19, décide pour l'affirmative. C'est aussi l'avis de Barthole, de Duaren, et de plusieurs autres docteurs; et en particulier celui de Ricard. *Traité des Substit.*, p. 1, ch. 4.

La raison sur laquelle ils se fondent est que le tiers n'étant pas intervenu dans la donation, l'engagement que le donataire contracte de donner à ce tiers, en acceptant la donation sous cette charge, est contracté par le concours des volontés du donateur et du donataire seulement, et par conséquent peut se résoudre par un consentement contraire des mêmes

parties, suivant ce principe de droit : *Nihil tam naturale est quæque eodem modo dissolvi quo colligata sunt.* Le droit qui est acquis à ce tiers est donc, selon ces auteurs, un droit qui n'est pas irrévocable ; parce qu'étant formé par le seul consentement du donateur et du donataire sans l'intervention du tiers, ce droit est sujet à être détruit par la destruction de ce consentement, destruction qu'opérera un consentement contraire des mêmes parties : ce droit ne devient irrévocable que lorsque la mort du donateur empêchant qu'il ne puisse désormais intervenir un consentement contraire, le consentement qui a formé ce droit cesse de pouvoir être détruit.

L'opinion contraire a aussi ses défenseurs ; c'est celle de Fachinœus, *Controv.*, VIII, 89, et des docteurs par lui cités.

Les raisons sur lesquelles ces auteurs se fondent, sont que la clause de l'acte de donation qui contient la charge imposée au donataire, de donner quelque chose à un tiers, renferme une seconde donation, ou une donation fidéicommissaire que le donateur fait à ce tiers. Cette seconde donation, sans l'intervention de ce tiers à qui elle est faite, reçoit son entière perfection par l'acceptation que le premier donataire fait de la donation sous cette charge ; puisque par cette acceptation il contracte envers ce tiers, sans que ce tiers intervienne à l'acte, un engagement d'accomplir cette charge dans son temps.

De cet engagement naît un droit qu'acquiert ce tiers, d'exiger en son temps l'accomplissement de cette charge. Ce droit est un droit irrévocable, et il ne doit pas être au pouvoir du donateur d'en décharger le premier donataire au préjudice du droit acquis à ce tiers ; car la clause qui renferme cette seconde donation, ou donation fidéicommissaire, faite à ce tiers par le donateur, étant une clause qui fait partie d'un acte de donation entre-vifs, la donation fidéi-commissaire renfermée dans cette clause, est de même nature ; et elle est donc une donation entre-vifs, et par conséquent irrévocable ; il ne doit donc plus être au pouvoir du donateur de la révoquer, en déchargeant le donataire de la charge qu'il lui a imposée, et de l'engagement qu'il a contracté envers ce second donataire.

A l'égard des règles de droit qu'on oppose: *Quæque eodem modo dissolvuntur quo colligata sunt; Quæ consensu contrahuntur, consensu dissolvuntur ;* ces règles ont lieu entre les parties contractantes seulement, et non au préjudice d'un droit qui aurait été acquis à un tiers. C'est ce qui résulte de la loi dernière, ff. *de Pact.* qui décide que la caution qui a acquis un droit de fin de non-recevoir, par le pacte intervenu entre le créancier et le débiteur principal, ne peut être malgré elle dépouillée de ce droit, par un pacte contraire des mêmes parties.

Ce dernier sentiment a été confirmé par la nouvelle ordonnance des substitutions, part. 1, art. 11 et 12. Mais les questions décidées par cette ordonnance n'étant que pour l'avenir, la question demeure entière pour ce qui se serait passé avant l'ordonnance.

Voy. *C. C. B. C.*, art. 1029.

---

* *C. de Paris, art.* 275. } Ce n'est donner et retenir quand l'on donne la propriété d'aucun héritage, retenu à soi l'usufruit à vie ou à temps ; ou quand il y a clause de constitut ou précaire : Et vaut telle donation.

---

* *Ord. des Don.* 1731 *(Louis XV) art.* 15. } Aucune donation entre-vifs ne pourra comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendront au donateur, dans le temps de la donation, et si elle renferme des meubles ou effets mobiliers, dont la donation ne contienne pas une tradition réelle, il en sera fait un état signé des parties, qui demeurera annexé à la minute de ladite donation, faute de quoi le donataire ne pourra prétendre aucuns desdits meubles ou effets mobiliers, même contre le donateur ou ses héritiers. Défendons de faire dorénavant aucunes donations des biens présents et à venir, (si ce n'est dans le cas ci-après marqué,) à peine de nullité desdites do-

nations, même pour les biens présents, et ce encore que le donataire eût été mis en possession du vivant du donateur desdits biens présents en tout ou en partie.

Voy. autorités sur art. précédent.

---

* 4 *Merlin*, *Quest.*, *Vo. Réversion.* } " Ici se présente l'une des questions les plus controversées qu'il y ait sur la matière du retour légal ; mais de cela seul qu'elle est controversée, il résulte assez clairement qu'elle n'est décidée par aucune loi précise.

" Et si elle n'est décidée par aucune loi précise, le tribunal d'appel de Lyon ne peut pas avoir violé une loi précise, en la décidant contre le droit de retour.—Cette seule considération devrait, ce semble, suffire pour nous déterminer à conclure au rejet de la requête des demandeurs. Mais entrons dans quelques détails.

" Du défaut de loi expresse sur la question de savoir si le décès des enfans après la mort de leur mère dotée ou donataire, ne fait pas revivre le droit de retour en faveur de leur aïeul, est née, dans la jurisprudence des anciens parlemens, une diversité, une bizarrerie qui ne peuvent, comme disait à ce sujet Bretonnier, que faire *déplorer l'infirmité des lois humaines et l'incertitude des jugemens des hommes*, *puisqu'ils sont si remplis de variations*, *et que ce ne sont que ténèbres et aveuglement.*

" En effet, si, d'une part, nous lisons dans Maynard, liv. 2, chap. 99, et liv. 9, ch. 19 ; dans Cambolas, liv. 1, ch. 5 ; dans Larocheflavin, liv. 6, tit. 41, art. 15 ; dans Catellan, liv. 5, c. 8, que le parlement de Toulouse jugeait constamment en faveur de l'aïeul ;—si nous avons pour témoin Salviat, article *Dot*, pag. 205, que telle était également la jurisprudence du parlement de Bordeaux ;—Si Mourgues et Julien, sur les statuts de Provence, nous sont garans que le parlement d'Aix jugeait

invariablement de même pour le retour des donations hors contrat de mariage, quoique, pour le retour de la dot, il fut forcé, par un édit particulier à son ressort, du 14 décembre 1456, de juger le contraire ;—D'autre part, aussi, nous trouvons dans le recueil d'Expilly, ch. 125, un arrêt du parlement de Grenoble, du 23 juillet 1602, qui décide que le père, héritier de sa fille, succède à la dot de son épouse, privativement à l'aïeul maternel qui l'a constituée.—Le recueil d'Augeard, tom. 2, § 90, nous offre un arrêt du parlement de Besançon, du 19 décembre 1710, suivant lequel, " Une mère qui a doté " sa fille d'une somme mobilière, n'est pas fondée à la pré- " tendre par droit de réversion dans la succession de l'enfant " de sa fille, et que le père de l'enfant doit y succéder comme " son héritier ".—Périer, quest. 53, assure que, par deux arrêts dont il rapporte les espèces, l'un de 1625, l'autre du 1er décembre 1667, et tous deux rendus pour la ci-devant Bresse, pays de droit écrit, il a été jugé au parlement de Dijon, qu'en cas de décès du petit-fils après sa mère, l'aïeul qui avait doté celle-ci, ne pouvait exercer le droit de retour, et que la dot appartenait au père de l'enfant par droit de succession *ab intestat.* Deux arrêts plus récens ont été rendus à la même cour, pour la même contrée et dans le même sens : le premier est du 22 janvier 1727, le second du 14 août 1742 ; les espèces en sont rapportées par Bannelier dans son Supplément aux notes sur le Recueil de Périer.

" Mais ce qui, dans l'examen de la jurisprudence relative à notre question, doit le plus frapper et étonner l'œil de l'observateur, c'est que les arrêts du parlement de Paris, comparés entre eux, présentent le même contraste, le même choc de décisions, que l'on remarque entre les arrêts uniformes des parlemens de Toulouse, de Bordeaux et d'Aix, d'une part, et les arrêts uniformes de Grenoble, de Besançon et de Dijon, de l'autre.

" A Paris, en effet, on jugeait tantôt comme à Dijon, Besançon et Grenoble, et nous en avons pour preuve un arrêt du 21 avril 1695, qui a prononcé pour le père contre l'aïeul ; tan-

tôt comme à Aix, Bordeaux et Toulouse, et c'est ce que justifient trois arrêts des 10 juin 1611, 12 juillet 1625 et 16 mars 1697, qui ont prononcé pour l'aïeul contre le père : arrêts que l'on trouve, l'un dans le Recueil de Bardet, liv. 1er, ch. 118; les autres dans les Observations de Bretonnier sur Henrys, liv. 6, quest. 8 et 12.

" *Voilà donc*, pour nous servir des termes d'Expilly à l'endroit déjà cité, *sur pareil sujet des arrêts contraires donnés en divers parlemens*, et nous devons ajouter, même dans le seul parlement de Paris. *Aussi*, continue le même auteur, *la question est bien ambiguë et peut être soutenue sans remords*, IN UTRAMQUE PARTEM.

" Au surplus, cette diversité de jurisprudence peut facilement s'expliquer, et l'on en trouvera la clef dans l'opposition qui, sur la matière du retour légal, existe entre les principes du droit commun et les modifications qu'ils ont essuyées dans nos usages. Permettez-nous à cet égard quelques développemens, ils ne seront pas, nous osons le croire, inutiles à la solution du problême qui vous occupe en ce moment.

" Dans nos usages, tels qu'ils étaient en vigueur dans les pays de droit écrit avant la loi du 17 nivôse an 2, le droit de retour avait lieu, non seulement pour la dot et la donation faite en contrat de mariage, mais pour toute espèce de donation faite entre vifs.—Suivant ces mêmes usages, le droit de retour appartenait au père, non seulement lorsque l'enfant donataire mourait en état de fils de famille, mais encore quand il mourait émancipé.—Enfin, suivant ces mêmes usages, le droit de retour n'était pas exclusivement réservé au père ou à l'aïeul paternel ; il pouvait être également exercé, si ce n'est dans le ressort du parlement de Grenoble, par la mère et par l'aïeul maternel.

" Dans le droit romain, tout, sur chacun de ces points, était différent.—D'abord, le retour n'y avait lieu originairement que pour la dot. Les empereurs Théodose et Valentinien l'introduisirent dans le cas des donations, mais ils le bornèrent à celles qui étaient faites par le père à son fils en le mariant.

C'est ce qui résulte de la loi 2, *C. de bonis quæ liberis.*—L'empereur Léon, par sa novelle 25, postérieure à la publication du Code de Justinien, étendit ce droit à toutes les donations que le père pouvait faire à ses enfans. Mais, remarquons bien ceci, il ne l'étendit qu'aux donations émanées du père ; il voulut que le père ne pût l'exercer que dans le cas où le fils se trouverait encore, au moment de la donation, dans les liens de la puissance paternelle ; et il déclara en conséquence que le droit de retour n'appartiendrait jamais, ni à la mère, ni même au père à l'égard de ses enfants émancipés, à moins que l'un et l'autre ne l'eussent stipulé expressément : *at quid aïunt illæ ? Si filius liberis orbetur, domum quod illi à patre processerit, ad donatorum oportere reverti : quod vero aut à matre aut ab extraneo quopiam donatum filius habet, non item, nisi reverti debere id donatores pacto complexi sint. Sed quæ filiis patres inter emancipandum dederunt, apud eos qui acceperunt irrevocabiliter permanere, illosque de illis testari jubent ; nisi pacti cujuspiam, cùm pater donaret, initi obstaculum subsit. Nos itaque in harum sententiam pedibus euntes, scire omnes jubemus, si filius sui juris factus nullosque liberos habens testetur, parentes illa dumtaxat quæ ex lege falcidià ad ipsos manant, nisi pactum (quo modo supradictum est) initum sit, percepturos ; reliquos vero cognatos, quamquàm ab intestato vocarentur, ut qui restitutionis pactum interponere neglexerunt, omnino nihil.*—Une chose encore bien digne de remarque, c'est que, par cette loi, l'empereur Léon n'introduit un droit nouveau que par rapport à la donation simple ; et qu'il ne fait qu'adapter à la donation simple, les règles de l'ancien droit concernant le retour de la dot.—Car il ne faut pas s'y tromper, la dot, d'après la législation du digeste, du Code, et des novelles de Justinien, ne retournait au père que lorsqu'il avait sa fille sous sa puissance ; et elle lui retournait en ce cas, soit que sa fille eût laissé des enfans, soit qu'elle n'en eût pas laissé.—A la vérité, la loi 6, D. *de jure dotium*, porte, en général et sans distinguer le cas de l'émancipation d'avec le cas de la non émancipation de la fille, que *jure succursum est patri ut filià amissà, solatii*

loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta : ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret. Mais cette loi suppose que le père dont elle parle, avait, avant la mort de sa fille, des droits à la dot qu'il lui avait constituée en la mariant ; car s'il n'y avait pas eu des droits quelconques, la mort de sa fille n'aurait pas pu les lui faire perdre : on ne perd pas ce que l'on n'a jamais eu.—Or, dans quel cas le père, après avoir constitué une dot à sa fille, y conserve-t-il des droits ? Dans celui-là seul où la fille est sous la puissance paternelle. Alors, en effet, dit la loi 2, § 1, D. *soluto matrimonio*, la dot appartient en commun au père et à la fille : *quod si in patris potestate est et dos ab eo profecta sit, ipsius et filiæ dos est.* De là vient, suivant la même loi, qu'après la dissolution du mariage, soit par le divorce, soit par la mort du mari, le père et la fille ne peuvent l'un sans l'autre poursuivre le recouvrement de la dot ni en donner quittance.—Mais un texte bien clair et qui tranche toute difficulté sur la question, c'est la loi 4, *soluto matrimonio*, au Code : *dos à patre profecta*, dit-elle, *si in matrimonio decesserit mulier filiafamilias, ad patrem redíre debet.*— Il faut donc que la femme meure sous la puissance paternelle, *filiafamilias*, pour que le retour de la dot ait lieu au profit du père.—C'est ce que décide également la loi 27, D. *de evictionibus.* Voici l'espèce qu'elle propose. Un père a donné en dot à sa fille un fonds de terre qu'il avait précédemment acheté en stipulant, suivant l'usage des Romains, qu'en cas d'éviction, il lui serait rendu le double du prix qu'il en avait payé. Arrive en effet le cas de l'éviction, et l'on demande si le père peut agir en vertu de cette stipulation. La raison de douter est que le père paraît n'avoir plus d'intérêt à la chose, parce qu'en donnant le bien en dot, il paraît s'en être exproprié. La loi décide néanmoins qu'il peut agir, et parce qu'il est intéressé à ce que sa fille ne demeure pas *indotée*, et parce que, si elle est sous sa puissance, il a l'espoir de la recouvrer un jour par droit de réversion : *Interest enim patris filiam dotatam habere, et spem quandoque recipiendæ dotis, utique si in potestate sit.* Mais que dira-t-on, continue la loi, si la fille est émancipée ? Alors il

serait bien difficile de donner action au père en considération du droit de retour, car il n'est qu'un seul cas où la dot d'une fille émancipée puisse retourner à son père. Cependant il faut dire que, même dans cette hypothèse, le père peut agir du vivant de sa fille, parce qu'à raison de la piété paternelle, il a, dès ce moment, intérêt à ce que sa fille ne soit pas dépouillée de sa dot : *Quod si emancipata est, vix poterit defendi statim committi stipulationem*, CUM UNO CASU AD EUM NOS REGREDI POSSIT. *Numquid ergo tunc demùm agere possit, cùm mortuâ in matrimonio filiâ, potuit dotem repetere, si evictus fundus non esset ? an et hoc casu interest patris dotatam filiam habere, ut statim convenire promissorem possit ? Quod magis paterna affectio inducit.*—Quel est donc le cas unique dont parle cette loi ? Quel est le seul cas dans lequel la dot de la fille émancipée puisse retourner au père ? C'est, répond Voët, sur le digeste, liv. 24, tit. 3, n. 6, celui où le père a expressément stipulé le retour, en dotant sa fille ; et cela est clairement exprimé dans le chap. 5 de la novelle 97 : *qui unus casus est, si pater dotem dans filiæ emancipatæ, tempore dationis eam sibi reddi stipulatus sit, ut patet ex novellâ* 97, *cap.* 5.—Rien, en effet, de plus positif que cette novelle sur la distinction entre la fille émancipée et la fille non émancipée, par rapport au retour de la dot. Elle propose une espèce dans laquelle la dot est retournée au père, soit de plein droit, parce que sa fille était encore sous sa puissance, soit en vertu de la réserve que le père s'en était faite, parce que sa fille était émancipée : *Quia vero jam legem scrip simus, ut patres simul offerentes dotem pro filiâ sub potestate, aut suæ quidem potestatis, reversionem autem in semetipsos facientes : quæsitum est apud aliquos si ..... remeante ad patrem dote*, etc.—La loi 2, C. *de bonis quæ liberis*, n'est pas moins expresse : elle parle du retour qui se fait au père, de la dot qu'il a constituée à sa fille, ou de la donation à cause de mariage qu'il a faite à son fils ; et elle déclare que ce retour s'opère par droit de puissance paternelle : *his potestatis jure ad parentes reversis.*— Il est vrai que, dans la loi 5, D. *de repudiis*, et dans la loi 59, D. *soluto matrimonio*, il est parlé de divorces

simulés qui se font pour priver frauduleusement un père du retour de la dot de sa fille émancipée. Mais, comme l'observe encore Voët, le seul objet de ces lois est de proscrire les divorces que l'on pourrait simuler en fraude du père : *Utrobique tantùm definitur, illo in casu, quo dos profectitia, mortuâ in matrimonio filiâ emancipatâ, ad patrem reverti debebat, eandem quoque patri reddendam esse, ubi illa diverterit aut repudiata fuerit, eùm improbo atque callido fraudandi patris proposito.* Mais de savoir quand la dot d'une fille émancipée doit retourner à son père, c'est une question dont ne s'occupent pas ces lois, et dont il faut chercher ailleurs la solution : *quando autem reverti debeat ad patrem, ubi filia emancipata in matrimonio mortua est, non hic definitur, sed aliundo petendum est.*— C'est donc une chose bien constante que, dans le droit romain, tel qu'il s'est conservé jusques sous l'empire de Justinien et même de Léon, le droit de retour n'avait lieu, de plein droit et sans stipulation au profit du père, que par l'effet de la puissance paternelle, et que la puissance paternelle venant à cesser, le droit de retour cessait également.

" Nous avons ajouté que, dans le cas où le droit de retour avait lieu de plein droit, c'est-à-dire, lorsque la fille dotée mourait dans les liens de la puissance paternelle, l'existence des enfans qu'elle laissait, ne faisait pas obstacle à l'exercice de ce droit ; c'est ce que prouve démonstrativement l'un des fragmens d'Ulpien, tit. 6, § 4. Par la mort de la femme arrivée pendant le mariage, y est-il dit, la dot qu'elle a reçue de son père, retourne à celui-ci ; seulement le mari survivant a le droit d'en retenir un cinquième par chaque enfant qu'il a de son épouse : *mortuâ in matrimonio muliere, dos à patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penès virum.*— Il est vrai que, par la loi 1re, § 5, C. *de rei uxoriæ actione*, Justinien a abrogé ce droit de retenue d'un cinquième de la dot par chaque tête d'enfant : *sileat ob liberos retentio ;* mais il n'a dérogé qu'en ce point à l'ancien droit : il l'a donc laissé subsister en tant qu'il ordonnait le retour de la dot au profit du père, nonobstant l'existence des enfans.

" Nous ne vous fatiguerons pas, C. M., du détail des objections que plusieurs interprètes opposent à cet argument aussi simple que péremptoire, ni des réponses victorieuses dont elles sont susceptibles. Nous vous dirons seulement que le docteur Fachinée, liv. 3, chap. 71, après avoir balancé tout ce qui a été écrit sur cette question, finit par dire qu'il regarde l'opinion que nous venons d'avancer, comme au-dessus de toute espèce de doute : *non solùm probabiliorem, sed etiam certissimam.*

" Maintenant revenons à la jurisprudence qui s'était établie sur le droit de retour dans les pays de droit écrit, avant la loi du 17 nivôse an 2.

" Comme nous l'avons déjà observé, cette jurisprudence avait presque universellement soumis au droit de retour et les dots constituées et les donations faites même hors contrat de mariage, non seulement par les pères à leurs enfans émancipés, mais encore par les mères et par les ascendans maternels.—Ainsi, suivant cette jurisprudence, la puissance paternelle ne devait plus entrer pour rien dans les élémens des principes régulateurs du droit de retour.

" D'un autre côté, cette même jurisprudence faisait cesser le droit de 'retour, lorsque la fille dotée ou le fils donataire laissait des enfans.

" D'après ces deux bases, on devait, ce semble, s'accorder partout à reconnaître, on devait partout juger uniformément, que les enfans de la fille dotée ou du fils donataire venant à mourir sans postérité, la dot ou la donation retournait à l'aïeul constituant ou donateur ; car, dans ce double système, l'existence des petits-enfants n'avait élevé contre l'exercice du droit de retour qu'un obstacle qui leur était personnel, et qui par conséquent ne pouvait pas leur survivre.

" Pourquoi donc les parlemens des pays de droit écrit se sont-ils tant divisés sur la question dont il s'agit ? C'est parce qu'à Toulouse, à Bordeaux et à Aix, on n'a considéré, comme on le devait, le droit de retour que tel qu'il était organisé par la jurisprudence actuelle ; et que, d'après les règles fondamentales de cette jurisprudence, on a senti qu'il devait avoir

lieu au profit de l'aïeul dont le fils était mort laissant des enfans décédés eux-mêmes sans enfans, comme au profit du père qui avait perdu son fils sans en conserver aucun rejeton ;—Au lieu qu'à Grenoble, à Dijon, à Besançon et quelquefois à Paris, on a cru pouvoir, sur cette question, recourir encore au droit romain, et en amalgamer les dispositions avec les changemens qu'elles avaient subis dans nos usages, opération assurément peu conséquente, mais qui ne blesse que la logique et n'est en opposition avec aucune loi.

---

* *C. N.* 949, 951, 952. } 949. Il est permis au donateur de faire la réserve à son profit, ou de disposer au profit d'un autre, de la jouissance ou de l'usufruit des biens meubles ou immeubles donnés.

951. Le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendans.

Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul.

952. L'effet du droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques, sauf néanmoins l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le cas seulement où la donation lui aura été faite par le même contrat de mariage duquel résultent ces droits et hypothèques.

---

780. L'on peut donner tous les biens et la donation est alors universelle; ou l'universalité des biens meubles ou des immeubles, des biens de la commu-

780. A gift may consist of a person's whole property, and it is then universal; or of the whole of the moveable or immoveable property, of the

nauté matrimoniale, ou autre universalité, ou une quote-part de ces sortes de biens et la donation dans ces cas est à titre universel; ou bien la donation est limitée à des choses désignées particulièrement et elle est alors à titre particulier.

whole of the property of the matrimonial community or of any other universality, or of an aliquot portion of such property, and is in such cases a gift by general title; or it may be limited to things particularly described, and is then a gift by particular title.

---

* 1 *Ricard*, *1ère part.*, *ch.* 6, *sec.* 10, *Nos.* 1655, 1656. } 1655. La matière des donations entre-vifs et testamentaires, est tout le bien des donateurs. Les Loix des douze Tables le portaient ainsi, pour ce qui concerne les testamens. *Uti quisque legassit suæ rei*, *ita jus esto.* Et la Loy *si avia* 19. *C. de donationib.* le dit en termes précis pour ce qui regarde les donations entre-vifs : *Si avia vestra proprias res quacumque ratione factas*, *titulo liberalitatis in eum contra quem preces funditis contulit : quominùs hæc rata maneant*, *quod ex origine patris vel avi vestri descendunt*, *nihil prodest*, *d. l. si avia*, *l. si quis argentum* 35. § *sed et si quis. C. de contrah. empt.*

1656. Il est de même parmi nous, étant vrai de dire en général, que chacun peut par testament, comme par donation entre-vifs, disposer de tous ses biens, meubles, acquêts et conquêts immeubles, propres, noms, raisons et actions, et généralement de tout ce que nous possédons. Car si les Loix et nos Coutumes y apportent quelques limitations, ce n'est que pour avoir lieu en des cas particuliers, et en faveur de certaines personnes. Et autrement, s'il était de l'essence de la donation, qu'elle ne pût contenir qu'une certaine espèce ou quantité de biens, elle serait nulle pour le tout, si elle excédait les termes de ce qui est permis par la Loy : attendu que ce qui est essentiel est individu, comme nous le pratiquons à

l'égard de ce qui concerne la forme ; ce qui n'a point lieu dans notre espèce par la considération de ce que l'individuité ne s'y rencontre point, ne doutant pas qu'un don excessif ne soit très bon en sa substance, et qu'il est seulement réductible aux termes de la Coutume qui lui donne la Loy et qu'il ne demeure pas sans effet pour le tout.

---

* 2 *Bourjon, tit.* 4, 3*e partie, ch.* 1, *sec.* 1, *No.* 1. } 1. La donation entre-vifs n'est sujette à aucune réserve, sauf la légitime de droit qui n'a lieu qu'en faveur des enfans, et non en faveur des collatéraux, ni même des ascendans.

---

* 6 *Guyot, Rép., Vo. Donat., p.* 170. } A l'égard des choses qu'on peut donner, celui qui a la capacité de disposer entre-vifs peut, dans les pays de droit-écrit, donner tous ses biens, meubles et immeubles, pourvû que ce soit à personne capable et sans fraude, et sauf le droit acquis aux créanciers, et la légitime des enfans du donateur, s'il y en a.

---

* 2 *Troplong, Donat. et Test., sur art.* 751 *C. N., No.* 1261 *à* 1266. } 1261. Le Code Napoléon continue à préciser les conséquences de la règle : *donner et retenir ne vaut*, et dans l'art. 951, il décide que le droit de retour n'est pas contraire à l'irrévocabilité des donations entre-vifs. En effet, le donateur est bien obligé de préférer le donataire à soi-même ; mais il n'est pas obligé de continuer son bienfait aux héritiers du donataire. Ici, le Code Napoléon n'a fait que se conformer aux anciens principes et à la droite raison dont ils sont l'expression : " *Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti, ita ut post* " *mortem ejus qui accepit, ad te rediret, donatio valet, cum etiam* " *ad tempus certum, vel incertum, ea fieri potest, lege scilicet* " *quæ imposita est conservanda.*" Ainsi s'expriment les empe-

reurs Dioclétien et Maximien, dans la loi 2, C., *De donat. quæ sub modo.*

C'est là ce qu'on appelle *retour conventionnel* ou *réversion conventionnelle*, parce que c'est une œuvre de la volonté des parties.

1262. Le retour n'a rien de commun avec la substitution. En effet, le retour n'a lieu que lorsque la chose revient au point d'où elle était partie, et rentre dans les mains de son premier propriétaire, telle que si elle n'en était jamais sortie. Le donataire, lorsqu'il décède, n'est pas chargé de rendre à une tierce personne gratifiée en second ordre. C'est le donateur qui reprend sa chose en vertu de la convention, lorsque celui qu'il avait voulu en gratifier cesse de pouvoir en profiter.

1263. Ce droit de retour inséré dans une donation constituant une clause résolutoire de la donation au profit du donateur, il semble que ce dernier puisse transmettre ce droit à ses héritiers, même sans stipulation expresse ; car il le laisse dans sa succession comme ses autres droits et actions. Dès lors, on peut croire, au premier aperçu que les héritiers *qui personam defuncti sustinent*, en sont saisis aussitôt après sa mort, par la maxime : *le mort saisit le vif.* Il semble même que le donateur ait la faculté de transmettre ce même droit de retour à ses héritiers, quand même il serait conditionnel ; par exemple : Je donne à Titius ma maison Sempronia, et s'il vient à décéder sans enfants, ladite maison retournera à moi donateur. Car, si celui-ci venait à mourir avant Titius, ses successeurs pourraient exercer avec fondement le droit de retour, en soutenant que leur auteur a fait passer sur leur tête ce même droit, quoiqu'il fût soumis à une condition ; il est, en effet, de principe que dans les contrats, le créancier conditionnel, décédant avant l'époque de la condition, transmet son droit à son héritier, d'après la règle : *qui paciscitur, sibi hæredique suo pacisci intelligitur.*

Ces idées, puisées à la source même du droit, étaient soigneusement suivies dans l'ancienne jurisprudence. On y déci-

dait que l'exercice du droit de retour avait lieu au profit des héritiers, quoique le donateur décédât avant le donataire. On considérait cette stipulation du même œil que toutes les autres, et elle ne concernait pas moins les héritiers du donateur que sa personne même. Partant de là, l'on conçoit aisément que le donateur pouvait valablement stipuler, dans l'ancienne législation, le droit de retour pour lui et ses héritiers ; s'il ne l'eût pas dit expressément, la loi l'eût dit pour lui.

1264. Dans cet ordre d'idées, on tenait même pour certain qu'il n'y avait pas d'assimilation à faire entre le droit de retour se prolongeant aux héritiers, et une véritable substitution fidéicommissaire. Car la substitution consistant dans la charge de rendre à un tiers gratifié en second ordre, il faut au moins le concours de trois personnes différentes : l'une qui donne, la seconde qui reçoit avec charge de conserver et de rendre, la troisième qui est appelée pour recueillir après celle-ci. Dans l'hypothèse qui nous occupe, rien de tout cela. Deux personnes seulement jouent un rôle dans la stipulation, et une seule est gratifiée ; les héritiers ne sont point tierces personnes ; ils représentent le donateur et tirent leur droit *ex ipsius personæ quam sustinent.* S'ils recueillent après la mort du donateur, ce n'est pas comme gratifiés en second ordre, c'est comme le représentant, et faisant ce qu'il aurait fait lui-même s'il eût vécu.

1265. Lorsque les substitutions furent abolies par la loi de 1792, on ne toucha pas au droit de retour, soit légal, soit conventionnel. L'art. 74 de la loi 17 nivôse an II le maintint dans toute son intégrité et avec tous ses effets. On ne crut pas pouvoir résister à l'empire de ce raisonnement qui avait triomphé dans l'ancien droit : le droit de retour ne peut être assimilé à une véritable substitution, lorsque le donateur exerce lui-même ce droit ; ce n'est donc pas non plus une substitution, lorsqu'il est exercé par ses héritiers, qui ne sont avec lui que la même personne.

1266. Mais le Code Napoléon, plus en garde contre les substitutions que les législations qui l'avaient précédé, ne s'est point arrêté à ces distinctions ni à ces principes. A la vérité,

il a permis le droit de retour dans le cas où, le donataire prédécédant, ce serait le donateur lui-même qui l'exercerait. Car, dans ce cas, l'œil le plus hostile eût-il pu voir une substitution ? Mais il l'a prohibé en faveur des héritiers, lorsque le donataire décèderait avant le donateur.

---

* 8 *Pothier, Donat., sec.* 3, No. 136 *et s.* } 136. L'effet de la donation entre-vifs, par rapport au donataire, est de lui transférer par la tradition le droit de propriété que le donateur avait en la chose donnée.

Si le donateur n'en est pas propriétaire, le donataire ne peut, à la vérité, acquérir d'abord par la tradition la propriété que le donateur n'avait pas, *cùm nemo plus juris in alium transferre possit, quàm ipse habet :* mais, au moins la donation lui donne, s'il est de bonne foi, le droit, ou de prescrire la chose, ou d'en acquérir la propriété un jour par la possession, pendant le temps requis par la loi : *Traditio ex causâ donationis, si non transferat dominium quod non habebat donator, tribuit saltem causam usucapionis.*

137. La donation des choses particulières n'oblige pas le donataire aux dettes du donateur.

Néanmoins, si, au temps de la donation, le donateur savait, ou devait savoir qu'il n'était pas solvable, ou que, par la donation, il ne lui resterait pas alors de quoi satisfaire ses créanciers, ceux-ci, en fraude desquels cette donation se trouverait avoir été faite, quand même ils ne seraient pas hypothécaires, pourraient la faire révoquer par l'action Paulienne, quand même le donataire n'aurait pas eu connaissance de la fraude du donateur ; et en cela les donataires sont différents de ceux qui acquièrent à titre onéreux ; lesquels ne sont sujets à cette action que lorsqu'ils ont été participants du conseil de fraude.

138. A l'égard des donataires universels des biens présents, ils sont tenus des dettes que le donateur devait lors de la donation, par la raison que les dettes sont une charge des biens,

et que *bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno.* Ils peuvent néanmoins s'en décharger, en abandonnant ce qui leur a été donné. S'ils sont donataires de la totalité des biens, ils sont tenus de la totalité des dettes ; s'ils sont donataires d'une partie aliquote, comme d'un tiers, d'un quart, ils sont tenus des dettes pour la même portion dont ils sont donataires.

139. Un donataire n'est pas moins censé donataire du total des biens, et par conséquent tenu du total des dettes, quoique le donateur ait excepté de la donation plusieurs choses particulières, de quelque valeur qu'elles soient, et quand même elles feraient la plus grande partie de ses biens ; car le donataire les retient, *non tanquàm partem bonorum, sed tanquàm res singulas.* Or la charge des dettes est charge *non rerum singularum, sed universalitatis ;* laquelle passe en entier à ce donataire.

On comprend, sous le nom de *donataires universels*, non-seulement les donataires de l'universalité générale, mais aussi les donataires de l'universalité particulière d'une certaine espèce de biens, tels que sont les donataires de tout le mobilier, ou d'une partie de tous les acquêts ou propres d'une certaine ligne ; mais il faut pour cela que ces donations soient faites *per modum universalitatis.* C'est pourquoi, lorsqu'une personne n'a pour tous acquêts que deux corps d'héritages, et qu'il les donne à quelqu'un, pour que la donation soit réputée universelle, il faut que la donation porte qu'il *donne ses acquêts, qui consistent en telle et telle chose ;* que si, au contraire, il *donne tel et tel héritage*, la donation ne sera pas universelle, quoiqu'il n'eût pas d'autres acquêts que la chose donnée, parce qu'il ne l'a pas donnée *per modum universalitatis, sed tanquàm res singulas.*

140. Lorsque nous disons que les donataires d'une universalité particulière de biens sont donataires universels, nous entendons parler des universalités qui forment une espèce de patrimoine, et qui sont attribuées dans les successions à une certaine espèce d'héritier, tels que sont les meubles, les acquêts, les propres ; mais celui qui serait donataire de toutes

les maisons du donateur, ou de toutes ses vignes, ou de tous ses biens de campagne, etc., ne serait pas donataire universel; car ces choses sont des espèces de choses, et non pas des espèces de biens. On divise les biens en *meubles*, en *acquêts* et *propres ;* mais jamais on ne s'est avisé de les diviser en *maisons*, *vignes*, *prés*, etc. Ces donations ne sont donc que des donations de choses particulières, qui ne contiennent pas la charge des dettes.

141. Le donataire d'une certaine espèce de biens est tenu de la portion des dettes dont est chargée la portion des biens dont il est donataire.

Pour régler cette portion, il faut savoir que la charge de toutes les dettes, dont l'universalité de tous les biens est chargée, se répartit entre les universalités particulières, dont cette universalité générale est composée, dans la même raison de valeur que ces universalités particulières sont entre elles. Ainsi, si les immeubles d'une personne sont le *double* en valeur de ses meubles, les immeubles doivent être chargés du *double* des dettes. Par conséquent, le donataire des meubles sera tenu seulement du *tiers* des dettes.

142. Dans les coutumes où les dettes mobilières suivent les meubles, telles que la coutume de Blois, le donataire des meubles est chargé de toutes les dettes mobilières : mais, dans ces coutumes, pour régler la contribution, le mobilier n'est estimé que sous la déduction des dettes mobilières, dont il est seul tenu.

143. Les donataires des biens présents ne sont tenus que des dettes que le donateur devait lors de la donation, et non pas de celles qu'il a contractées depuis : car ces dettes qu'il contracte depuis la donation, ne peuvent pas être une charge des biens qui n'appartiennent plus à la personne qui contracte ces dettes ; et il ne doit pas être au pouvoir du donateur, après qu'il a donné, de diminuer l'effet de la donation, en contractant des dettes.

Mais le donataire des biens présents est tenu des dettes contractées sous condition, avant la donation, quoique la condi-

tion n'existe que depuis : car les conditions ont un effet rétroactif au temps du contrat ; ce qui fait que ces dettes sont censées avoir existé, et avoir fait partie des charges des biens, dès le temps de la donation ; car effectivement, dès ce temps, les biens en étaient chargés, non pas *purè*, mais sous la condition sous laquelle elles avaient été contractées.

144. Lorsque la donation a été faite des biens présents et à venir, ou simplement des biens que le donateur laissera à son décès, le donataire est tenu des dettes qui se trouvent lors du décès, et des autres charges de la succession, telles que les frais funéraires.

Il y a, au reste, cette différence entre la donation des biens présents et à venir, et la donation d'une certaine espèce de biens, que, dans l'espèce de la première donation, le donataire peut se décharger des dettes et charges postérieures à la donation, en se restreignant aux biens présents (Ordonnance de 1731, art 17) ; au lieu que, dans la seconde espèce, le donataire doit tout abandonner, pour s'en décharger.

---

* 7 *Nouv. Deniz.*, *V. Don. entre-vifs*, § VI, *p.* 36. } 1. La faculté de donner entre-vifs étant une suite de la propriété, s'étend aussi loin que la propriété. Tout propriétaire peut disposer entre-vifs de la totalité et de chacun de ses biens, meubles et immeubles, acquêts et propres, hors les objets exceptés par la loi.

---

781. La démission ou le partage actuel des biens présents sont considérés comme donations entrevifs et sujets aux règles qui les concernent.

Les mêmes dispositions ne peuvent être faites à

781. The abandonment or the partition of present property is considered as a gift *inter vivos*, and is subject to the same rules.

The same disposition cannot be made in contemplation of death in an act

cause de mort par actes entrevifs, qu'au moyen d'une donation contenue en un contrat de mariage, dont il est traité en la section sixième du présent chapitre.

inter vivos, except by means of a gift inserted in a contract of marriage, such as is treated of in the sixth section of this chapter.

Conséquence des articles 754 et 757.

---

* *N. Deniz.*, *V. Don. mut.*, § II, *p.* 81. } 4. Si la donation mutuelle, au dernier vivant, des biens que laissera le prédécédé, est défendue entre personnes non unies par les liens du mariage, c'est parce qu'elle est donation à cause de mort. Ces personnes peuvent donc se faire des donations mutuelles entre-vifs de leurs biens présens, qui seront valables, pourvu 1o. qu'on y détaille les biens présens qui sont donnés par chacun des deux donateurs ; 2o. qu'on n'y comprenne aucun de leurs biens à venir.

Ces donations mutuelles entre-vifs des biens présens auront, à certains égards, le même effet que les donations mutuelles des biens à venir, faites par contrat de mariage au dernier vivant des deux donateurs, si l'on y insère deux clauses : la réserve d'usufruit et le retour au donateur, en cas de prédécès du donataire. La réserve d'usufruit laissera à l'un et à l'autre donateur la jouissance de son bien personnel. La clause de retour anéantira la donation faite au premier mourant, et ne laissera subsister que celle qui est faite au survivant.

Nous disons qu'elles auront les mêmes effets *à certains égards*, parce qu'à d'autres égards elles auront des effets très-différens. Les donateurs mutuels entre-vifs des biens présens, avec les deux clauses ci-dessus, n'ont pas la faculté de disposer, de leur vivant, des biens qu'ils possédaient au moment de la donation, au préjudice de la donation mutuelle ; et s'ils en

ont disposé l'un ou l'autre, le survivant fera annuller la disposition faite par le prédécédé, comme d'un bien dont il n'avait plus la propriété ; au lieu que les donateurs mutuels, au dernier vivant, des biens à venir, conservent la faculté de disposer des biens qu'ils possédaient au moment de la donation.

---

* *C. N.* 1075. } Les père et mère et autres ascendans pourront faire, entre leurs enfans et descendans, la distribution et le partage de leurs biens.

---

782. La donation entre-vifs peut être stipulée suspendue, révocable, ou réductible, sous des conditions qui ne dépendent pas uniquement de la volonté du donateur.

Si le donateur s'est réservé la liberté de disposer ou de se ressaisir à sa volonté de quelque effet compris dans la donation ou d'une somme d'argent sur les biens donnés, la donation vaut pour le surplus, mais elle est nulle quant à la partie retenue, qui continue d'appartenir au donateur, excepté dans les donations par contrat de mariage.

782. It may be stipulated that a gift *inter vivos* shall be suspended, revoked, or reduced, under conditions which do not depend solely upon the will of the donor.

If the donor reserve to himself the right to dispose of or to take back at pleasure some object included in the gift, or a sum of money out of the property given, the gift holds good for the remainder, but is void as to the part reserved, which continues to belong to the donor, except in gifts by contract of marriage.

[ARTICLE 782.]

Voy. *Cout. de P.*, arts. 273, 274, cités sur art. 774, et autorités sur art. 778.

---

* 8 *Pothier, Don., sec. 2, art. 2 No. 82, p.* 378-9. } 82. Lorsque quelqu'un fait donation entre vifs d'une rente d'une certaine somme dont il se constitue le débiteur, la clause apposée à cette donation, " que le donateur n'en paiera pendant sa vie les arrérages que selon sa commodité, " n'est pas contraire au caractère d'irrévocabilité que doivent avoir les donations pour être valables ; car cette clause ne rend pas le donateur maître de n'être pas débiteur de la rente qu'il a donnée. Elle lui donne seulement une exception que tout donateur avait par les lois romaines : " *Ne ultrà quàm facere potest exigatur.*

---

* 1 *Thévenot Dessaulles, Dict. du Dij., vo Don., No.* 18 *et s.* } 17. Si l'un des époux reçoit [de l'autre] pour bâtir sur son fonds, c'est donation. *Leg.* 31, *p.* 2.

18. Tous présents immodérés sont prohibés entre les époux. *Leg.* 31, *p.* 8.

Même au jour de leur naissance : *Natali die.* Ibidem.

Cependant si le mari donne à sa femme quelques deniers, pour qu'elle se mette plus honnêtement, ce ne sera pas donation prohibée. *d. Leg.* 31, *p.* 8.

On juge des dépenses faites par le mari pour sa femme, par le genre et la mesure des choses. *Leg.* 47, *eodem.*

On examine si le mari a agi par simple office marital, ou dans la vue de gratifier ; c'est question de fait et non de droit : *Facti non juris est quæstio.* Ibidem.

---

* 7 *N. Den., Vbis Don. par cont. de m, p.* 81-85. } 1. La faveur des contrats de mariage les rend susceptibles de toutes conventions honnêtes. Elle fait qu'on y autorise des donations réprouvées dans tout autre contrat, et que les donations qu'ils

contiennent sont exemptes, en plusieurs occasions, des formalités requises pour la validité des donations consignées dans tout autre acte.

1o. Elles ne sont pas sujettes à la nécessité et à la forme de l'acceptation : Ordonnance de 1731, *art.* 10.

2o. Lorsqu'elles sont faites en ligne directe elles ne sont pas sujettes à la formalité de l'insinuation : *art.* 19.

3o. Celles qui sont faites par les conjoints, ne sont pas révoquées par la survenance d'enfans : *art.* 39.

4o. La donation à cause de mort, qui serait nulle dans tout autre acte entre-vifs, est valable dans le contrat de mariage : *art.* 3. Voyez les §§ II et III.

5o. Les donations des biens présens et à venir y sont autorisées : voyez le § IV.

2. 6. Le donateur par contrat de mariage peut apposer à sa donation des conditions, dont l'exécution dépendrait de sa seule volonté ; pareille donation, nulle dans tout autre acte, est valable dans un contrat de mariage, au profit de certaines personnes.

Art. 18. " Entendons pareillement que les donations de biens présens, faites à condition de payer indistinctement toutes les charges et dettes de la succession du donateur, même des légitimes indéfiniment, ou sous d'autres conditions, dont l'exécution dépendrait de la volonté du donateur, puissent avoir lieu dans les contrats de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs descendans, par quelques personnes que lesdites donations soient faites ; et que le donataire soit tenu d'accomplir lesdites conditions, s'il n'aime mieux renoncer à ladite donation......".

3. 7o. La réserve de disposer d'une partie des objets donnés n'empêche pas que la donation faite en contrat de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs descendans, ne soit valable, même pour les objets dont le donateur s'est réservé la libre disposition ; en conséquence, si le donateur ne fait pas usage de la faculté qu'il s'est réservée, le donataire profite, en totalité, des objets compris dans la donation.

Art. 18. "... Et en cas que ledit donateur par contrat de mariage se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens présens, ou d'une somme fixe à prendre sur lesdits biens, voulons que, s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme, appartiennent au donataire ou à ses héritiers, et soient censés compris dans ladite donation ".

La réserve de disposer d'une partie de l'objet donné, n'empêchant pas que la donation ne soit valable pour les objets dont on s'est réservé la libre disposition, lesquels restent compris dans la donation si le donateur n'en a pas disposé, la réserve de disposer de la totalité de l'objet donné n'empêche pas non plus que la donation ne soit valable, et que si le donateur meurt sans en avoir disposé, le donataire ne puisse réclamer l'effet de la donation.

La question s'en étant présentée depuis l'ordonnance de 1731, mais à l'occasion d'un contrat de mariage antérieur, pareille donation a été confirmée dans l'espèce suivante.

Par contrat du 4 mai 1722, contenant les conventions matrimoniales de Me de Nempont et d'Anne Cuvilliet, les futurs époux se font donation mutuelle en toute propriété de tous leurs biens présens et à venir : et il est stipulé néanmoins " que, nonobstant les clauses de retour et donation ci-dessus, il sera libre aux futurs marians de disposer de leursdits biens par acte d'entre-vifs ou à cause de mort, comme ils trouveront convenir, sans que les dispositions et réglemens ci-dessus puissent être opposés, ni puissent arrêter les aliénations, donations ou legs que lesdits futurs marians pourraient ci-après faire de leursdits biens ".

Le mari étant mort le premier, le sieur de Nempont, son neveu et son héritier en partie, forma contre la veuve sa demande en partage des biens de la communauté.

La veuve soutint qu'il n'y avait pas lieu au partage demandé, attendu la donation mutuelle stipulée en faveur du survivant, dans son contrat de mariage.

Le 20 mai 1747, sentence contradictoire en l'échevinage d'Arras, qui déboute le sieur de Nempont de sa demande.

Appel au conseil provincial d'Artois.

Le 4 avril 1748, sentence contradictoire qui " met l'appellation au néant ; ordonne que ce dont est appel sortira effet ; en conséquence, la donation mutuelle portée au contrat de mariage dont est question, sera exécutée, à la charge néanmoins de payer par la demoiselle veuve de Nempont au sieur de Nempont la somme de 1000 livres, à laquelle a été arbitrée la réserve portée en ladite donation mutuelle, comme ayant la dite réserve laissé la faculté aux conjoints de s'avantager à cette concurrence ".

Appel respectif de cette seconde sentence au parlement de Paris. Le sieur de Nempont interjeta appel de la sentence, au chef qui confirmait la donation, et continua d'en demander la nullité. La veuve interjeta appel de la sentence, au chef qui la condamnait à payer à la succession de son mari une somme de 1000 livres, et demanda l'exécution pure et simple de la donation insérée dans son contrat de mariage.

Les conventions d'un contrat de mariage, disait le neveu du défunt, doivent être fixes et invariables : les époux ne peuvent se réserver la faculté de les anéantir par la suite, ni la faculté de s'avantager l'un l'autre, quand la coutume le leur défend. Ainsi, pour rendre valable la donation entre les futurs époux, il est nécessaire qu'elle soit parfaite par le contrat de mariage, sans qu'il puisse rester en leur liberté de la faire valoir, ou de la laisser sans effet pendant leur mariage. Dans l'espèce, les époux se sont réservés la liberté entière de disposer de l'objet donné, de faire valoir la donation, en ne disposant pas, ou de l'anéantir, en disposant. Cette réserve vicie le contrat dans son principe, et rend la donation radicalement nulle.

La veuve, de son côté, soutint 1o. que la donation étant insérée dans un contrat de mariage, n'était pas sujette à la règle *donner et retenir ne vaut;* 2o. qu'elle était donation à cause de mort, et qu'ainsi les conditions contraires aux lois qui y seraient apposées, doivent être regardées comme nulles et non

écrites ; 3o. que quand elle serait donation entre-vifs, la réserve de disposer serait nulle, sans anéantir la donation.

Son principal moyen consistait à dire, 4o. que la réserve de disposer était une clause légitime, non contraire aux lois qui défendent aux époux de s'avantager pendant leur mariage : que cette clause ne contient pas la faculté de s'avantager, mais seulement la faculté de se désavantager ; que cette faculté lui est commune avec toutes les donations à cause de mort que le donateur peut, de droit et sans aucune stipulation de son contrat de mariage, anéantir par des aliénations subséquentes : que les donations à cause de mort sont autorisées dans les contrats de mariage : et qu'ainsi la réserve de disposer, apposée à la donation, insérée dans son contrat de mariage, ne devait pas empêcher qu'elle ne dût être confirmée purement et simplement, sans l'astreindre à rien payer aux héritiers de son mari.

Par arrêt du 7 août 1749, rendu sur les conclusions de M. l'avocat-général d'Ormesson, " La cour......en tant que touche l'appel interjeté par la partie d'Aubry, (le sieur de Nempont) a mis l'appellation au néant, ordonne que ce dont est appel sortira effet...... en tant que touche l'appel interjeté par la partie de Mallet (la veuve de Nempont) a mis l'appellation et ce dont est appel au néant ; émendant, décharge la partie de Mallet des condamnations contr'elle prononcées par ladite sentence ; condamne la partie d'Aubry en tous les dépens......" : *Plaidoyeries*, *fol.* 96-98, *No.* 19, *coté* 2891.

4. 8o. Les mineurs qui se marient peuvent, par leur contrat de mariage, faire à leur conjoint, ou à leurs descendans, toutes donations de biens immeubles, ainsi qu'il a été dit au mot *Conventions matrimoniales*, § II, *No.* 2, *tom.* 5, *pag.* 544.

M. le duc de Bouteville s'étant marié encore mineur avec mademoiselle de Montmorenci, donna, par son contrat de mariage, à son premier fils mâle à naître, la propriété de tous ses biens.

Ayant contracté un grand nombre de dettes, ses créanciers firent saisir ses biens, faute de paiement. M. le duc d'Olonne,

son fils aîné, réclamait, en vertu de la donation duement insinuée, la propriété qui lui avait été donnée.

Les créanciers soutenaient la nullité de la donation. Ils se fondaient sur l'article 272 de la coutume de Paris, qui, permettant aux majeurs de donner entre-vifs leurs immeubles, n'en accorde aucune permission aux mineurs, mais seulement celle de donner entre-vifs leurs biens meubles.

M. le duc d'Olonne répondait que l'article 272 était permissif et non prohibitif; qu'il avait pour but de marquer les personnes auxquelles il était permis de donner, et non pas les personnes auxquelles il était défendu de donner entre-vifs: que cet article ne changeait rien à la jurisprudence constante, qui, par exception au principe général de l'incapacité des mineurs, de donner entre-vifs leurs immeubles, autorise les donations entre-vifs qu'ils pourraient faire de leurs immeubles par contrat de mariage, en faveur de leurs enfans à naître.

Sentence du châtelet qui rejette la prétention des créanciers du duc de Bouteville. Par un arrêt rendu au rôle de Paris, le 13 mars 1741, conformément aux conclusions de M. Joly de Fleury, premier avocat-général, la sentence a été confirmée, " sauf aux créanciers à se pourvoir contre, et ainsi qu'ils aviseront bon être, défenses du duc de Bouteville, et du duc d'Olonne, réservées, au contraire": *Plaidoyeries*, *fol.* 473, 475, *No.* 15, *coté* 2675 : plaidant Me de Laverdy pour les créanciers, contre Me Cochin et Me Gueau.

Pareil arrêt rapporté par l'auteur de la Gazette des tribunaux, *tom.* 4, *pag.* 292, a été rendu sur délibéré, en la deuxième chambre des enquêtes, le 1 septembre 1777, en faveur du tuteur créé aux substitutions portées au contrat de mariage du marquis de Brunoy, lors mineur, au profit des enfans à naître du mariage, contre les créanciers du même marquis de Brunoy : *Aux Jugés*, *vu la minute.*

5. La faveur des contrats de mariage n'empêche pas que les donations de meubles présens par contrat de mariage ne soient assujéties, faute de tradition réelle, à la nécessité d'un état

annexé à la minute qui constate le mobilier donné. Le défaut d'état des meubles présentement donnés, fait qu'on ignore quel était l'objet de la donation. Or une donation peut-elle être valable, lorsque l'objet donné n'est pas déterminé ?

Cette décision est conforme à l'ordonnance : l'exception que portent les articles 15 et 17, en faveur des contrats de mariage, n'a pas lieu pour les donations de biens présens, mais seulement pour les donations de biens présens et à venir. Il est aisé de s'en convaincre par la lecture entière de l'article 15 : " aucune donation entre-vifs ne pourra comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendront au donateur dans le temps de la donation ; et si elle renferme des meubles ou effets mobiliers, dont la donation ne contienne pas une tradition réelle, il en sera fait un état signé des parties, lequel demeurera annexé à la minute de ladite donation, faute de quoi le donataire ne pourra prétendre aucuns desdits meubles ou effets mobiliers, même contre le donateur ou ses héritiers. Défendons de faire dorénavant aucunes donations des biens présens et à venir, (si ce n'est dans les cas ci-après marqués) à peine de nullité desdites donations, même pour les biens présens...". Ainsi, malgré la faveur des contrats de mariage, la donation entre-vifs des meubles présentement possédés par le donateur sera nulle, faute par les parties d'annexer à la minute un état des meubles donnés.

Ainsi jugé dans l'affaire suivante, où il a aussi été décidé que les donations, par contrat de mariage, de tous biens, ne contenaient pas les biens à venir, toutes les fois qu'ils n'y étaient pas nommément exprimés.

Dans cette espèce, le sieur de Caussade avait pris dans son contrat de mariage, du 7 décembre 1695, le titre de seigneur de Saint-Armand. Par une première clause, il avait donné tous ses biens à sa future épouse ; et il n'en avait aucun. A la suite de cette donation il était dit : " et au *réciproque*, si la dame prédécède ses enfans, elle donne à son futur époux tous ses biens meubles et immeubles ".

La dame de Caussade étant décédée sans enfans, le sieur de

Caussade, son mari, demanda l'exécution de la donation, qu'il qualifiait donation de biens présens et à venir, et en conséquence, que les héritiers de sa femme fussent tenus de lui abandonner la totalité des effets de sa succession.

Les héritiers de la dame de Caussade prétendirent, au contraire, 1o. que la donation, ne faisant aucune mention des biens à venir, ne comprenait que les biens présens ; 2o. qu'elle était nulle, même pour les biens présens, au moment de la donation ; 3o. que quand même elle comprendrait les biens à venir acquis depuis la donation, elle serait nulle pour le tout, par défaut de réciprocité, et parce qu'elle était l'effet du dol et de la surprise.

Par arrêt rendu en la troisième chambre des enquêtes, au rapport de M. Faguier de Vienne, le 11 mars 1738, " La cour déclare la donation portée au contrat de mariage d'entre Jeanne Delisle, et Antoine de la Caussade bonne et valable pour les biens seulement appartenans à ladite Jeanne Delisle, lors dudit contrat de mariage ;... condamne la veuve de Louis la Caussade de faire emploi au profit des héritiers de Jeanne Delisle, des biens échus à ladite Jeanne Delisle depuis son mariage, qui seront justifiés avoir été aliénés ;... ordonne que partage sera fait entre les parties des biens et effets de la communauté... dans lequel entreront tous les meubles et effets mobiliers, *même ceux existans lors du contrat* de mariage": *Aux Jugés*, *fol.* 433-443, *No.* 3, *coté* 1738.

On voit par ce dispositif, que, sans avoir égard au moyen de nullité proposé, la cour jugea, 1o. que la donation ne faisant pas une mention expresse des biens à venir, ne comprenait que les biens présens ; 2o. que la donation des meubles présens était nulle, faute d'état annexé à la minute du contrat de mariage.

La Combe, en sa Jurisprudence civile, au mot *Donation*, *part.* 1, *sect.* 4, *art.* 17, fait mention d'un arrêt rendu le 16 mars 1745, en la troisième chambre des enquêtes, au rapport de M. Chauvelin, (*Non trouvé sur les registres*) par lequel il a été jugé, selon lui, contre l'arrêt qui vient d'être rapporté, que la

donation par contrat de mariage des meubles présens est valable, quoiqu'il n'y en ait point d'état annexé au contrat, sauf au donataire à faire preuve de la quantité de meubles qui existaient lors de la donation. Au reste, cette prétendue décision est conforme au sentiment de Furgole, Des donations, *art.* 17, *pag.* 161. Voyez un arrêt du 17 février 1787, dont l'espèce est rapportée au mot *Donation entrevifs*, § XIII, *No.* 7, *pag.* 68.

6. La donation mutuelle que se font par contrat de mariage les futurs époux, participe, ainsi que les donations simples, à toutes les faveurs des conventions matrimoniales ; d'où vient qu'elle diffère en plusieurs points de la donation mutuelle que peuvent se faire les deux époux pendant leur mariage. Cette dernière, qui est connue sous le nom de *Don mutuel*, fait la matière d'un article séparé. La première est appelée aussi quelquefois *Don mutuel.* La principale différence entre l'une et l'autre consiste, en ce que dans la donation mutuelle par contrat de mariage, les époux ont la faculté indéfinie de se faire toutes sortes d'avantages, soit en usufruit, soit en propriété, de leurs meubles, immeubles, acquêts et propres ; au lieu que pendant le mariage, les deux époux n'ont point la même faculté indéfinie. Dans la plupart des coutumes, ils ne peuvent s'avantager que par le don mutuel, et suivant qu'il est réglé par la loi.

---

* *Ord. des Don.* 1731, *art.* 16. } 16. Les donations qui ne comprendraient que les biens présents, seront pareillement déclarées nulles, lorsqu'elles seront faites à condition de payer les dettes et charges de la succession du donateur en tout ou en partie, et autres dettes et charges que celles qui existaient lors de la donation, même de payer les légitimes des enfants du donateur, au-delà de ce dont le dit donataire peut être tenu de droit, ainsi qu'il sera réglé ci-après; laquelle disposition sera observée généralement à l'égard de toutes les donations faites sous des conditions dont

l'exécution dépend de la seule volonté du donateur ; et en cas qu'il se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés, voulons que ledit effet ou ladite somme ne puissent être censés compris dans la donation, quand même le donateur serait mort sans en avoir disposé, auquel cas ledit effet ou ladite somme appartiendront aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses ou stipulations à ce contraire.

---

* *Sallé sur art.* 16, *Ord.* 1731, *p.* 77 *à* 85. } *Laquelle disposition sera observée généralement à l'égard de toutes les donations faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur.*

On distingue de deux sortes de conditions, sous lesquelles on peut donner la condition potestative, et la condition casuelle. La condition protestative est celle qui dépend de la volonté du donateur, comme s'il avait dit, *je donne, en cas que je n'aille pas à Paris.* La condition casuelle, au contraire, est celle qui peut arriver, ou ne pas arriver, indépendamment de la volonté du donateur, comme celle-ci, *je donne, en cas que tel navire, qui est allé à la Martinique, revienne à bon port.*

Si la condition est protestative, tout le monde convient conformément à notre ordonnance, que la donation est nulle, d'autant qu'elle renferme, sous des termes déguisés, un moyen par lequel il est en la liberté du donateur de révoquer la donation. Car il ne lui est pas moins facile d'y donner atteinte par cette voie, que s'il s'était réservé directement la faculté de disposer des choses données. C'est l'espèce d'un arrêt rendu le 20 février 1668, qui a déclaré nulle une donation mutuelle faite entre les sieurs Grasseteau, frères, en faveur du survivant, et à la charge que l'un venant à se marier, la donation serait nulle, sur le fondement qu'il était en la liberté du donateur de rendre sa donation inutile, en se mariant, ce qui était *donner et retenir.*

Mais si la condition était casuelle, et dépendait d'un événement incertain en soi, les sentiments sont partagés.

Plusieurs ne veulent admettre aucune différence entre les conditions casuelles et les potestatives, et décident que toutes sortes de conditions, apposées dans un contrat de donation entre-vifs, servent à la détruire.

Mais Ricard réfute cette opinion, et soutient que les conditions casuelles ne vicient point les donations entre-vifs où elles se trouvent : " Quoiqu'il soit de l'essence d'une donation " entre-vifs, dit-il, qu'il ne soit point au pouvoir du dona- " teur de la faire valoir, ou de la rendre sans effet, cela n'em- " pêche pas qu'il ne puisse être stipulé qu'elle sera valable, " et qu'elle demeurera sans exécution en un certain cas, " pourvu qu'il soit défini et qu'il ne dépende pas de la volonté " du donateur ; parce qu'une donation qui est faite pour " avoir son effet en un cas, ne laisse pas d'être parfaite en sa " disposition, dès l'instant de la donation, quoique la condi- " tion ne soit pas échue ; de sorte qu'il n'est plus au pouvoir " du donateur de faire que le don soit valable ou non ; mais " il a la substance nécessaire, au cas de la condition ; ce qui " suffit pour l'essence de la donation entre-vifs, la loi ne dési- " rant autre chose, sinon que la révocation ne dépende pas " de la volonté du donateur. "

Ricard se sert encore, pour confirmer son avis, de l'article CCLXXIV de la coutume de Paris, qui en interprétant ce que c'est que *donner et retenir*, dit que c'est lorsque le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée : " d'où il suit, ajoute notre auteur, que " la rétention qui détruit la nature de la donation entre-vifs, " n'est qu'au cas qu'il dépende de la libre volonté du dona- " teur de lui donner effet ou non, et non point quand la révo- " cation est stipulée en un certain cas ; alors ce n'est point le " donateur qui révoque, mais la condition ; et il suffit que le " donateur ait lié sa volonté en un cas limité, pour la rendre " parfaite en ce point, puisqu'au cas de la condition, il ne " dépend plus de lui de la révoquer facilement ; et quoique

" l'événement de la condition soit réputé incertain par la fai-
" blesse de la connaissance des hommes qui ne peuvent pré-
" voir l'avenir, il ne laisse pas d'être certain en soi."

Notre ordonnance ne rejettant des donations que les conditions potestatives, semble incliner pour le sentiment de Ricard, en admettant dans les donations entre-vifs le libre usage des conditions casuelles.

Et en cas qu'il se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés, voulons que ledit effet ou ladite somme ne puissent être censés compris dans la donation, quand même le donateur serait mort sans en avoir disposé, auquel cas ledit effet ou ladite somme appartiendront aux héritiers du donateur.

Les meilleurs auteurs ont toujours été d'avis que, lorsque le donateur s'est simplement réservé la disposition d'une somme, ou d'une partie des choses données, (ce qui est la même chose) sans la destiner à personne en particulier, dans le cas où il viendrait à décéder sans en avoir disposé, la somme ou la chose réservée doivent appartenir à l'héritier *ab intestat* du donateur. Comme cet héritier doit être la personne la plus aimée, suivant l'ordre de la nature et du sang, la réserve est présumée avoir été faite en sa faveur, ne paraissant pas que le donateur ait eu une autre pensée, et la réserve qu'il a faite, étant une déclaration suffisante que son intention n'était pas que le donataire en profitât. C'est l'espèce de la loi *Si mulier*, 25 *de jure dotium*, et de la loi *Secundùm* 4, *cod. de contract. et commit. stipul.* M. de Cambolas rapporte aussi quelques arrêts conformes du parlement de Toulouse.

Mais les sentiments ne sont pas tout-à-fait aussi unanimes sur la question qui suit. Si le donateur a expressément déclaré qu'en cas qu'il mourût sans avoir disposé de la somme réservée, il entendait qu'elle appartînt au donataire, la stipulation aura-t-elle son effet ? ou bien, nonobstant icelle, les héritiers pourront-ils revendiquer utilement la somme ou la chose réservée ?

Plusieurs se déclarent pour le donataire, et rapportent en

leur faveur un arrêt rendu le 2 juillet 1659, qu'ils prétendent être favorable à leur sentiment. On pourrait encore y en joindre un autre rendu en la grand'chambre le 14 février 1858, au profit du Gui Maragnier Bourdin, donataire, contre Nicolas Bourdin de Varaimer. Cet arrêt a été confirmé sur requête civile par un autre arrêt du 5 août 1639.

D'autres, au contraire, embrassent le parti des héritiers contre les donataires : et de ce que l'incertitude pouvant compatir avec la donation entre-vifs, il faut, pour lui donner sa perfection, que le donateur consomme sa volonté, sur le champ, et au temps que la donation est faite : ils concluent que lorsque le donateur n'a pas disposé d'une somme qu'il s'est réservée par la donation, elle appartient de droit à l'héritier, quand même il aurait été stipulé par l'acte de donation, que faute par le donateur d'en disposer, elle demeurerait au donataire, parce qu'à l'égard de la somme réservée, la donation est imparfaite. On peut appliquer à cet avis un arrêt rendu en l'audience de la grand'chambre, le 3 avril 1648, de relevée, pour l'héritier, et dont on voit l'espèce dans Ricard. On en remarque encore un second rendu en la cinquième chambre des enquêtes, au rapport de M. Hatte, qui a aussi adjugé la somme réservée aux héritiers. L'auteur des notes sur Ricard qui rapporte cet arrêt, n'en a pas mis la date.

Ce sentiment est universellement adopté dans nos coutumes. Celle de Bourbonnais porte, art. 211, *donation entre-vifs de biens, retenue certaine somme de deniers, ou partie desdits biens, pour en disposer à son plaisir et volonté, est bonne, quant aux biens non retenus..* Les coutumes de Sedan, art. 112, et d'Auvergne, tit. 14, articles 22 et 23, disent de même, que la somme de deniers ou partie desdits biens retenus appartiendront aux héritiers du donateur, s'il n'en a disposé de son vivant, et non au donataire : et la disposition de ces coutumes, comme fondée sur une raison générale, doit avoir lieu dans toutes celles qui n'ont point une disposition contraire.

Si de la jurisprudence des arrêts et des textes des coutumes, on passe aux décisions des jurisconsultes, Dumoulin décide

formellement que la donation, jusqu'à concurrence de la réserve, ne peut être mise au rang des donations entre-vifs. *Si quis donet omnia bona præsentia, reservatis* 3000, *an testandum, si non est testatus, remanent* 3000 *heredi, nec cedunt lucra donatori; quia ea tenus bona retenta sunt, et sic donatio nulla ea tenus*, Dumoulin, sur Paris, §. 160, No. 9.

Ricard prononce de même affirmativement pour les héritiers, sans aucune distinction. Mais ailleurs, il distingue entre les pays où la tradition est requise, et ceux où elle ne l'est pas, telles que sont les provinces soumises au droit-écrit: dans les premiers, il décide que la somme réservée appartient aux héritiers, indépendamment de la stipulation portée au contrat; qu'elle appartiendrait au donataire, faute par le donateur d'en avoir disposé, parce que cette stipulation est incompatible avec la tradition: mais à l'égard des pays de droit-écrit, il croit que la stipulation est valable, et qu'en conséquence la chose réservée doit demeurer au donataire, parce que par la loi du pays, le contrat n'étant pas assujetti à la tradition, rien n'empêche qu'une telle stipulation n'en puisse faire partie.

Cette distinction devient illusoire depuis l'ordonnance, par deux raisons; la première, parce que l'ordonnance a soumis à la nécessité de la tradition tous les pays de la domination Française, tant les provinces coutumières, que celles de droit-écrit; la seconde, en ce que le présent article a abrogé nommément toutes ces stipulations, en ordonnant que la somme réservée appartiendrait aux héritiers, si le donateur n'en avait disposé de son vivant, *nonobstant*, ajoute l'article, *toutes clauses ou stipulations à ce contraires.*

On a agité, depuis l'ordonnance, une question relative à la matière que nous traitons; en voici l'espèce. La veuve Morand avait trois enfants, auxquels elle avait fait des donations inégales. Elle avait entr'autres choses, donné par donation entre-vifs, à Charles-Nicolas Morand son fils aîné, une somme de 15000 liv. à prendre sur les plus clairs deniers, provenants des meubles et immeubles de la succession; après la mort de la

donatrice, le fils aîné donataire renonça à la succession de sa mère, pour s'en tenir à la donation, qui fut en effet confirmée par la sentence des premiers juges. Sur l'appel, M. Cochin, pour Marguerite Morand, sœur du donataire, soutint que la donation était infectée du vice *de donner et retenir*, attendu que la donatrice n'avait point affecté ses biens présents, mais ceux de la succession. Et sur ce motif qui fut adopté par les conclusions de M. Gilbert de Voisins, père, l'arrêt qui intervint le 21 mai 1737, infirma la sentence, et déclara la donation nulle.

---

* 1 *Ricard*, *1ère part.*, *ch.* 4, *sec.* 2, *Dist.* 2, *No.* 984 *et s.* } 984. M. Charles Dumoulin, qui a sçû joindre la pratique avec la doctrine, et duquel le seul témoignage vaut sans doute parmi nous beaucoup plus que celui de plusieurs autres ensemble, après avoir résolu en son Commentaire sur l'article 95 de la Coutume de Paris, au commencement, que la donation des meubles et conquêts, que le donateur aura au jour de son décès, peut valoir dans une donation entre-vifs ; il limite ensuite son opinion sur l'article 160, *nomb.* 5, pour avoir lieu seulement en cas que la donation se trouve avoir été confirmée par testament, qui est à dire en un mot, qu'il n'y a que nos testamens qui soient susceptibles de donations à venir, et que si elles ont effet dans un contrat de donation entre-vifs, ce n'est qu'entant qu'elle sera revêtue des formes testamentaires, et que l'on considérera comme un testament, et en conséquence elle demeurera révocable jusqu'à la mort du donateur, et n'aura plus que le simple nom de donation entre-vifs, sans en retenir aucun effet. *Si dicat quæ habebit tunc in habitu, viuducari nequeunt futuri acquæstus. Sed an valeat ut testamentum ? Respondi quod non per hanc consuetudinem ; ideo opus est, ut confirmetur testamento.* Chassannée qui était aussi versé dans l'usage de nos Coutumes, improuve pareillement en son Conseil 50, *nomb.* 2, les donations des biens à venir.

[ARTICLE 782.]

1032. Pour ce qui est de sçavoir si l'obligation imposée au donataire par le donateur, d'accomplir son testament, est de même qualité que celle de payer les dettes à créer, et si elle empêche aussi la validité de la donation entre-vifs, les Coutumes de Nivernois et d'Auvergne, ayant semblablement prévu cette difficulté, elles se trouvent contraires dans leurs dispositions; la première en l'article 3 du chap. 27, ayant prononcé la nullité de la donation en ce cas, aussi bien qu'en l'autre, si ce n'est que les dispositions testamentaires que le donateur s'est réservé de pouvoir faire, ne soient limitées par la donation : mais la Coutume d'Auvergne décide au contraire, généralement en l'art. 20 du chap. 14, que la donation entre-vifs, faite à la charge de payer les legs et funérailles, est bonne et valable : sur lequel article M. C. Dumoulin ajoûte, que *etiamsi non sit certa summa, ea intelligitur secundùm qualitatem personæ et bonorum.*

1033. Cette dernière décision doit avoir lieu par tout, parce qu'elle est fondée sur les principes de Droit, par lesquels un héritier étant simplement chargé de restituer tout ce qui lui restera de la succession, et dont il n'aura pas disposé au tems auquel la restitution doit être faite, il n'est pas en la liberté de l'héritier d'aliéner indifféremment les biens de la succession, quoiqu'il ne soit tenu de restituer que ce qui lui restera; parce que cette faculté de disposer se restraint, disent les Jurisconsultes, *arbitrio boni viri;* et s'il en a usé autrement, il en est tenu envers le fideicommissaire : *Divus Marcus cùm de fideicommissariâ hereditate cognosceret his verbis, quidquid ex hereditate meâ superfuerit, rogo restituas, et viri boni arbitrium inesse credidit: l. Titius* 54, *D. ad Trebell.*

1044. Car quoiqu'il soit de la nature des donations entre-vifs, qu'il ne soit pas au pouvoir de la faire valoir, ou de la rendre sans effet, cela n'empêche pas qu'il ne puisse être stipulé qu'elle sera valable, ou qu'elle demeurera sans exécution en un certain cas, pourvû qu'il soit défini, et qu'il ne dépende pas absolument de la volonté du donateur; car cette donation qui est faite pour avoir son effet en un cas, ne laisse pas d'être

parfaite en sa disposition dès l'instant de la donation, quoique la condition ne soit pas échûe ; de sorte qu'il n'est plus en la liberté du donateur, de faire que le don soit valable ou non : mais il a sa subsistance nécessaire, au cas de la condition ; ce qui suffit pour l'essence de la donation entre-vifs, la Loy ne désirant autre chose, sinon que la révocation ne dépende pas de la volonté du donateur.

1045. C'est ce qui est fort bien expliqué par la Coutume de Paris, lorsqu'en l'art. 274, interprétant ce que c'est que *donner et retenir*, elle dit que c'est lorsque le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée : d'où il s'ensuit que la rétention qui détruit la nature de la donation entre-vifs, n'est qu'au cas qu'il dépende de la libre volonté de lui donner effet ou non, et non pas quand la révocation est stipulée en un certain cas ; parce que ce n'est point le donateur qui révoque, mais la condition ; car il suffit que le donateur ait lié sa volonté en un cas limité pour la rendre parfaite en ce point, puisqu'au cas de la condition il ne dépend plus de lui de la révoquer librement ; et quoique l'événement de la condition soit réputé incertain par la faiblesse de la connaissance des hommes qui ne peuvent pas prévoir l'avenir, il ne laisse pas d'être certain en soi ; ce qui est fort bien exprimé par le Jurisconsulte en la Loy *hæc venditio* 7, § *hujusmodi*, *D. de contrah. empt.* lequel décide, que la vente faite moyennant la somme qui est dans un tel coffre, sans la spécifier, est valable ; il en rend cette raison qui fait aussi pour notre sujet, *magis enim ignoratur quanti emptus sit*, *quam in rei veritate incertum est.*

1046. La résolution que nous avons prise, ne doit point laisser d'avoir lieu, encore que la condition qui est imposée à la donation, dépende indirectement de la mort du donateur ; parce que pour juger de la validité d'une donation, nous ne nous arrêtons pas aux termes qui concernent l'exécution, mais seulement à ceux qui regardent la disposition. Ainsi nous ne révoquons pas en doute, et la Coutume y est même expresse, qu'une donation avec rétention d'usufruit, ne soit

valable, quoique l'exécution pour la jouissance des fruits, soit remise après la mort du donateur.

1047. Delà il s'ensuit que la donation étant faite pour avoir lieu, au cas que le donataire n'ait pas d'enfans au jour de son décès, ou sous une autre condition semblable qui ne se vérifie que par la mort du donateur, ne laisse pas d'être valable pour donation entre-vifs ; parce que, comme il vient d'être prouvé, la condition n'est pas un empêchement à la donation, et l'exécution pour la jouissance peut valablement être remise après la mort du donateur ; pourvû qu'il ne possède plus comme véritable propriétaire, et que le donataire ait été mis en possession, suivant que nous l'avons expliqué en la Distinction précédente. *Ubi enim ita donatur mortis causâ, ut nullo casù revocetur, causa donandi magis est, quàm mortis causâ donatio ; et ideo perinde haberi debet, atque alia inter vivos donatio, l.* 27, *D. de mortis causâ donat.*

1048. La Coutume de Berry, *tit.* 7, *art.* 4, contient une disposition semblable : *Donation entre vifs,* dit-elle, *de laquelle l'effet et exécution sont conférez après la mort, est bonne, pourvû qu'en icelle dès lors le cas avenant, le donateur se constitue posséder simplement ou précairement au nom du donataire, auquel cas la donation saisira, le cas avenant.*

1049. Davantage, la clause de retour dans un contrat de donation entre-vifs, n'est pas vicieuse, et un donateur peut valablement stipuler, qu'en cas que le donataire vienne à décéder auparavant lui, les choses données lui retourneront. C'est la disposition formelle de la Loy 2, *C. de donationib. quæ sub modo. Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret, donatio valet.*

1050. Je ne fais pas de difficulté que cette décision ne doive aussi avoir lieu parmi nous, parce qu'elle est fondée sur une raison générale ; notre Jurisprudence, non plus que la Romaine, ne désirant pour ce regard autre disposition de la part du donateur, sinon qu'il veuille bien préférer le donataire à lui-même, aussi-bien qu'à ses héritiers ; mais il n'est pas

obligé de continuer son bienfait aux héritiers du donataire, et même il pourrait faire que sa donation n'aurait lieu que pendant un tems, et y donner une borne qui finît, soit du vivant ou après le décès du donataire : *cùm etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quæ ei imposita est conservanda* qui est la raison de cette Loy 2, *C. de donat. quæ sub modo.* Aussi M. C. Dumoulin, en son Commentaire sur la Coutume de Paris, § 160, *num.* 6, a embrassé cette opinion : *Sola prohibitio alienandi*, dit-il, *non est retentio ; etiam si debeat reverti casù quo alienaret vel prodigus esset.* Et nous avons deux Coutumes qui sont pareillement conformes à cette doctrine : sçavoir Bourbonnois, *art.* 215, et Auvergne, *tit.* 14, *art.* 24.

Sur ce fondement, la donation à la charge de la reversion en faveur d'un tiers absent, peut être révoquée par le donateur, à l'égard du tiers, et non pas par les héritiers : néanmoins *Ferrerius*, sur la question 222 de Guy Pape, excepte les donations par contrat de mariage.

---

* *C. N.* 944, 946, 947. } 944. Toute donation entre-vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle.

946. En cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixe sur les biens donnés, s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires.

947. Les quatre articles précédens ne s'appliquent point aux donations dont est mention aux chapitres VIII et IX du présent titre.

[ARTICLE 783.]

783. Toute donation entre-vifs stipulée révocable suivant la seule volonté du donateur est nulle.

Cette disposition ne s'applique pas aux donations faites par contrat de mariage.

783. All gifs *inter vivos* stipulated to be revocable at the mere will of the donor are void.

This does not apply to gifs made by contract of marriage.

Voy. autorités sur arts. 774, 778 et 782.

---

* 1 *Ricard*, *Don.*, *1ère part.*, *ch.* 4, *s.* 2, *Dist.* 2, *No.* 970. } 970. Au sujet de cette seconde Partie de notre distinction, qui concerne l'irrévocabilité de la donation, il faut reprendre ce que nous avons dit au commencement de cette Section, qu'elle constituait la différence de la donation entre-vifs, avec la testamentaire, et conséquemment qu'elle fait partie de sa substance. C'est ce qui est fort bien établi par les articles 272 et 274 de la Coutume de Paris, lesquels après avoir décidé, que *donner et retenir ne vaut*, ajoute que *c'est donner et retenir*, *quand le donateur s'est réservé la jouissance de disposer librement de la chose par lui donnée.* Cette proposition passe pour une règle générale de notre Jurisprudence Françoise; parce qu'elle ne contient autre chose que l'extension de la définition de nos donations aux termes que nous les pratiquons, étant appelées par toutes nos Coutumes, *entre-vifs et irrévocables.* Si bien que lorsque cette marque essentielle leur manque, elles demeurent absolument sans effet, ou dégénèrent en une autre espèce, si elles sont revêtues des solemnitez nécessaires pour cet effet. D'où il s'ensuit que cette qualité leur étant essentielle, et consistant d'ailleurs en une disposition négative, de ne point donner avec réserve, elle ne peut pas être accomplie par équipolence ; et ainsi pour lui donner

sa perfection, il est nécessaire que la donation contienne une tradition absolue du droit que le donateur avait en la chose donnée, et qu'il en ait abandonné la propriété irrévocablement au profit du donataire, sans qu'il puisse plus dépendre de sa volonté de rendre la donation sans effet.

---

784. La donation entre-vifs de biens présents est nulle si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou que celles à venir dont la nature est exprimée et le montant défini dans l'acte ou dans l'état qui y est annexé.

Cet article ne s'applique pas aux donations par contrat de mariage.

784. Gifts *inter vivos* of present property are void if they are made subject to the condition of paying other debts or charges than those which exist at the time of such gifts, or than those to come, the nature and amount of which have been expressed and defined in the deed or in the statement annexed to it.

This article does not apply to gifts by contract of marriage.

---

* 1 *Ricard*, *Don.*, *1ère part.*, *ch.* 4, *s.* 2, *Dist.* 2, *Nos.* 1027-1029. } 1027. Mais la difficulté est grande, si les donations des biens présens et à venir faites autrement que par contrat de mariage, sont tellement nulles, qu'elles ne puissent subsister comme donations à cause de mort. On peut dire, qu'il ne peut pas y avoir de tradition des biens que l'on ne possède pas, qui est une formalité essentielle de l'acte que l'on a voulu faire, et que le donateur peut éluder l'effet de la donation, en créant des dettes : néanmoins la Coutume de Paris semble les confirmer, quoiqu'elles ne soient pas revêtues des formalitez des testamens ; et même dans l'opinion de ceux

qui réprouvent les donations des biens présens et à venir, le donateur peut se restraindre aux immeubles présens, et en se chargeant des dettes hypothécaires créées auparavant, se décharger de toutes les dettes postérieures, comme l'a remarqué M. Auzanet, en ses Mémoires. Si la donation était aussi de meubles, dont il n'y eût pas d'inventaire fait au tems de la donation, il les faudrait abandonner pour se décharger des dettes créées depuis ; au lieu que s'il y avait eu inventaire, le donataire s'y pourrait tenir, sans être obligé aux dettes postérieures en renonçant aux autres meubles non inventoriez.

En effet, la donation des biens à venir, est une institution contractuelle différente de la première donation des biens présens, laquelle pouvant être anéantie par le donateur en créant des dettes, il est juste aussi que le donataire la puisse répudier, et qu'il ne souffre pas de préjudice de l'addition des biens à venir, qui a été faite en sa faveur. Les Parlemens de droit écrit, entr'autres celui de Bordeaux, autorisent les donations des biens présens et à venir, pourvû qu'il y ait au moins réserve d'usufruit, encore qu'elles soient faites par un contrat particulier ; mais ils ne les réputent entre-vifs et irrévocables, qu'à l'égard des biens existant lors de la donation ; et il n'y a que celles qui sont faites par contrat de mariage, où l'on permette de diviser l'acceptation, et de se restraindre aux biens présens, pour se décharger des dettes postérieures ; et l'on condamne même le donataire d'une quote à proportion aux dettes postérieures, suivant le témoignage de la Peyrere.

C'est aussi l'usage du Parlement de Provence, comme l'a remarqué du Perrier, *liv.* 4, *quest.* 28, où il avance, que le fils d'un premier lit, donataire par le second contrat de mariage de son père, d'une partie des biens présens et à venir, se tenant aux biens présens au tems de la donation, ne doit pas contribuer pour la même quote à la dot, que son père a reçue lors de son mariage, laquelle n'a pas été employée, ou a été perdue par négligence ; d'autant que ces derniers étant constamment entre ses effets lors du mariage, il faut ou que

l'on en fasse part au donataire, ou qu'il soit exempt d'y contribuer, la femme n'ayant aucun droit de s'adresser au donataire : néanmoins l'on estime que la cause de la dot qui est onéreuse, étant plus favorable, elle doit l'emporter sur la donation: qui est un titre lucratif, encore que l'hypothèque de la dot vienne d'un même contrat ; et que l'on ne doit pas même s'arrêter à l'ordre de l'écriture, si la dot est constituée avant ou après la donation.

Pour ce qui est des donations, autres que celles qui sont faites par contrat de mariage, des biens que l'on aura au jour de son décès, elles ne peuvent passer que pour donations à cause de mort, nonobstant l'opinion de Chopin, *de util. Andegav. dominio*, *lib.* 3, *tit.* 3, *No.* 12, d'autant que le donateur a pu aliéner même les biens qu'il possédait lors de la donation; ce qui est une suspension non-seulement de la tradition, comme veut Chopin, mais même de la donation : et partant elles sont révocables comme donations à cause de mort, quoiqu'elles soient faites par un acte, qui a toute la figure d'entre-vifs, et elles sont réductibles à ce dont il est permis de disposer par testament. C'est même faire violence aux règles, que de donner lieu à ces sortes de conversions ; ce que Chopin sauve au même lieu, *No.* 13, par l'exemple des clauses codicillaires, afin de donner effet à la volonté du donateur. Mais on ne peut pas prétendre la même chose dans les autres Coutumes qui ne contiennent pas une disposition semblable à celle de Paris, si la donation est faite pendant la maladie qui a été suivie de la mort, quand même il y aurait saisine et appréhension de fait : si ce n'est lorsqu'elles sont faites par ceux qui veulent s'engager dans des Monastères.

1029. Il n'en va pas de même à l'égard de la donation faite à condition de payer les dettes qui sont dues par le donateur au tems de la donation ; d'autant que rien n'empêche que la donation entre-vifs ne soit faite avec charge, pourvû qu'elle ne détruise pas sa substance, comme fait celle de la question précédente, en laissant le donateur dans la liberté d'anéantir la donation par la création de nouvelles dettes : au lieu que

dans cette dernière espèce, la charge est certaine, et il ne dépend pas de la volonté du donateur de l'augmenter.

Voy. autorités sur arts. 778 et 782.

---

* *C. N.* 945. } Elle sera pareillement nulle, si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées, soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui devrait y être annexé.

Voy. art. 947 sur art. 782.

---

785. Les nullités et prohibitions contenues aux trois articles qui précèdent et en l'article 778, ont leur effet nonobstant toutes stipulations et renonciations par lesquelles on a prétendu y déroger.

785. The causes of nullity and prohibitions declared in the last three preceding articles and article 778, take effect notwithstanding all stipulations or renunciations by which it may be sought to evade them.

---

* 1 *Ricard, Don., 1ère part., ch.* 4, *s.* 2, *Dist.* 2, *Nos.* 999-1000. } 999. Lorsqu'il s'agit de Loy prohibitives et publiques, telles que sont les articles de nos Coutumes, qui ont imposé aux donations entre-vifs, la nécessité de la tradition de droit et de fait, par cette règle qui se trouve partout, *donner et retenir ne vaut*, il n'est pas au pouvoir des particuliers d'y déroger ; et s'ils peuvent se prévaloir de la liberté que la Loi leur a laissée, de disposer de leurs biens entre-vifs, ils

doivent s'accommoder à ses Constitutions : l'homme étant obligé de se soumettre à la Loi, et la Loi au contraire, devant demeurer invariable, et ne pas plier sous la volonté de l'homme.

Voyez autorités sur arts. précédents.

---

786. [Il n'est pas nécessaire, à moins d'une loi spéciale, que l'acte de donation soit accompagné d'un état des choses mobilières données ; c'est au donataire à faire preuve légale de l'espèce et quantité désignée.]

786. [Unless some special law requires it, a deed of gift need not be accompanied by a statement of the moveable property given ; the legal proof of its nature and quantity devolves upon the donee.]

---

* 6 *Guyot*, *Don.*, *p.* 174. } II. A l'égard de la tradition des choses données, elle était essentiellement requise dans l'ancien droit romain, pour la validité des Donations.

L'empereur Justinien dérogea à cette rigueur par la loi 35 C. *de donationibus*, en statuant que les Donations entre-vifs pourraient être rendues parfaites, en vertu de la seule stipulation, et sans qu'il intervint une tradition présente.

L'ordonnance de 1731 a adopté l'ancienne jurisprudence pour les meubles ; mais elle a en même temps indiqué un moyen de suppléer à la tradition qu'elle exige à cet égard. Suivant l'article 15 de cette loi, lorsqu'une Donation entre-vifs renferme des meubles ou effets mobiliers dont il n'y a point de tradition réelle, il est nécessaire d'en faire un état signé des parties, lequel doit demeurer annexé à la minute de la Donation, sinon le donataire ne peut exiger aucun de ces meubles ou effets mobiliers.

Cet article n'a cependant pas lieu pour les Donations faites par contrat de mariage. Rousseau de la Combe nous a conservé un arrêt du parlement de Paris du 16 mars 1745, qui a jugé "qu'une Donation de biens meubles. .... par contrat de " mariage est valable, quoiqu'il n'y en ait point eu d'état an-" nexé au contrat, et que c'est au donataire à faire preuve de " la quantité de meubles qui existaient dans la Donation."

---

787. La donation entre-vifs n'engage le donateur et ne produit d'effet qu'à compter de l'acceptation. Si le donateur n'a pas été présent à cette acceptation, elle n'a d'effet que du jour où il l'a reconnue, ou de celui où elle lui a été signifiée.

787. Gifts *inter vivos* do not bind the donor nor produce any effect until after they are accepted. If the donor be not present at the acceptance, they take effect only from the day on which he acknowledges or is notified of it.

---

* 6 *Guyot*, *Don.*, *p.* 171-2-3. } Les Donations entre-vifs étant des contrats synallagmatiques, il en résulte que pour qu'ils soient parfaits, il faut le concours de deux volontés; savoir, celle du donateur qui fait la libéralité, et celle du donataire qui l'accepte. Mais aussitôt que l'acceptation a eu lieu, le donateur est lié, et il peut être contraint à délivrer la chose donnée.

La formalité de l'acceptation est tellement nécessaire pour la validité d'une Donation entre-vifs, que ni l'église, ni les mineurs n'ont été exemptés de la rigueur de la loi à cet égard.

La Donation étant un contrat obligatoire entre le donateur et le donataire, l'acceptation doit être faite par le donataire en personne, ou par son procureur général ou spécial. Ainsi

l'acceptation d'un tiers sans pouvoir, serait inutile, à moins qu'elle ne fût ratifiée par le donataire du vivant du donateur.

Comme l'acceptation ne forme qu'un seul et même contrat avec la Donation, dont elle est une partie nécessaire, il faut par conséquent qu'elle soit aussi constante et aussi solennelle que la Donation même. C'est pourquoi l'article 5 de l'ordonnance de 1731, a ordonné que dans le cas où la Donation aurait été acceptée par un tiers qui aurait déclaré se porter fort pour le donataire absent, elle n'aurait d'effet que du jour de la ratification expresse que le donataire en aurait faite, par acte passé pardevant notaires, duquel acte il resterait minute

La même loi a défendu aux notaires et tabellions d'accepter aucune Donation pour des donataires absens, à peine de nul lité de ces sortes de stipulations.

Selon le droit romain, il n'était pas nécessaire que l'acceptation fût faite en termes formels, elle pouvait se suppléer par équipolence, attendû que c'est une maxime établie par plusieurs loix, que celui qui agrée par effet, est réputé avoir suffisamment confirmé et accepté ce qui a été fait en sa faveur, quoiqu'il n'y ait aucun acte par écrit de son acceptation. Mais parmi nous on n'admet point cette équipolence, et les Donations ne peuvent être valables qu'autant qu'elles ont été acceptées expressément et en termes formels par le donataire l'ordonnance défend même aux juges d'avoir aucun égard aux circonstances dont on prétendrait induire une acceptation tacite ou présumée, et cela quand même le donataire aurait été présent à l'acte de Donation et qu'il l'aurait signé, ou qu'il serait entré en possession des choses données.

Lorsque le donataire est mineur de vingt-cinq ans, ou interdit par autorité de justice, l'acceptation peut être faite pour lui, soit par son tuteur ou curateur, soit par son père, sa mère, son aïeul ou quelqu'autre ascendant, même du vivant du père et de la mère, sans qu'il soit besoin d'aucun avis de parens pour rendre cette acceptation valable. C'est ce qui résulte de l'article 7 de l'ordonnance des Donations.

Suivant l'article 8, l'acceptation d'une Donation peut pareil-

lement être faite par les administrateurs des hôpitaux et des autres établissemens de charité autorisés par lettres patentes, ainsi que par les curés et les marguilliers, lorsqu'il s'agit de quelque Donation entre-vifs faite pour le service divin, pour fondation particulière, et pour la subsistance et le soulagement des pauvres de leurs paroisses.

Mais les femmes mariées qui sont sous la puissance de leurs maris, étant dans une interdiction perpétuelle, ne peuvent accepter aucune Donation sans être pour cet effet autorisées par leurs maris, ou à leur refus, par la justice. Cette décision de l'ordonnance s'applique même aux femmes non communes en biens avec leurs maris, ou qui ont été séparées par sentence ou par arrêt.

Le législateur a néanmoins fait une exception relativement aux Donations faites à la femme pour lui tenir lieu de biens paraphernaux dans les pays où les femmes mariées peuvent posséder des biens de cette qualité. Il a déclaré qu'il n'entendait rien innover à cet égard.

On sait que dans les pays de droit-écrit, les femmes peuvent en se mariant, se constituer en dot une partie de leurs biens, et se réserver la jouissance de l'autre partie ; les biens ainsi réservés se nomment *paraphernaux*.

Dans les provinces de droit-écrit, qui ne sont pas du ressort du parlement de Paris, les femmes mariées ont la liberté de disposer à leur gré de leurs biens paraphernaux, tant en usufruit qu'en propriété : ainsi elles peuvent accepter sans l'autorité de leurs maris, les libéralités qui leur sont faites durant leur mariage, pour leur tenir lieu de biens paraphernaux.

Mais dans les provinces de droit-écrit qui sont du ressort du parlement de Paris, le pouvoir des femmes sur leurs biens paraphernaux, est beaucoup plus limité ; il ne s'étend qu'à l'usufruit, et les femmes mariées ne peuvent pas plus contracter, sans l'autorité de leurs maris, pour les biens paraphernaux, que pour les biens dotaux ; ainsi leur pouvoir sur les biens paraphernaux y est à-peu-près le même que celui des femmes non communes ou séparées en pays coutumier ; c'est pour-

quoi, comme ces dernières ne peuvent accepter sans l'autorisation de leurs maris, les Donations qui leur sont faites, quoiqu'elles en aient incontestablement l'usufruit libre, il s'ensuit de même que les femmes, dans les pays de droit-écrit du ressort du parlement de Paris, ne peuvent pas non plus accepter, sans l'autorisation de leurs maris, les Donations qu'on leur fait pour tenir lieu de biens paraphernaux, puisqu'elles n'en ont de libre que l'usufruit, et non la propriété.

Le législateur a pareillement excepté des dispositions de la loi concernant la nécessité et la forme de l'acceptation, les Donations faites par contrat de mariage aux conjoints ou à leurs enfants à naître, soit par les conjoints eux-mêmes, soit par des ascendans ou des parens collatéraux, et même par des étrangers. Ces Donations ne peuvent être attaquées ni déclarées nulles, sous prétexte du défaut d'acceptation.

Cette loi est fondée sur ce que la faveur due aux contrats de mariage, fait regarder l'acceptation comme véritablement accomplie par le mariage subséquent : en effet les conjoints par la consommation de leur mariage, acceptent et ratifient les conventions insérées dans leur contrat.

La jurisprudence des arrêts avait établi la même règle longtems avant l'ordonnance des Donations.

Une Donation faite en faveur du donataire et de ses enfans nés et à naître, et qui charge le donataire d'une substitution envers ses enfans ou envers d'autres, nés ou à naître, est parfaite par la seule acceptation du donataire, quand même la Donation ne serait pas faite par contrat de mariage, et que les donateurs seraient des collatéraux ou des étrangers. C'est ce qui résulte de l'article 11 de l'ordonnance de 1731, et Ricard atteste que telle était la jurisprudence suivie de son temps.

L'ordonnance ajoute par l'article 12, que si la Donation est faite à des enfans nés et à naître en général, l'acceptation des enfans déjà nés suffira pour rendre la Donation valable en faveur des enfans à naître.

Il semble par cette disposition que le législateur ait voulu que tous les enfans nés remplissent la formalité de l'accepta-

tion. On demande néanmoins si lorsqu'une partie des enfans nés n'a point accepté, ils ne doivent point profiter du bénéfice de l'acceptation que les autres ont faite ?

Il paraît qu'en ce cas on doit distinguer comme dans les legs, si les donataires sont conjoints par les paroles ou par la chose tout à la fois.

Si les donataires ne sont conjoints que par les paroles comme quand on donne à chacun des enfans une partie distincte et séparée dans la chose, l'acceptation de l'un ne peut point servir à l'autre : la raison en est que chaque enfant étant donataire particulier de la portion, il faut autant d'acceptations qu'il y a de portions.

Mais si les donataires étaient conjoints par les paroles et par la chose, comme dans cette phrase, *je donne mes vignes aux enfans d'un tel nés et à naître ;* ou même quand ils ne seraient conjoints que par la chose, le droit d'accroissement ayant lieu dans ces cas, l'acceptation d'un des enfans donataires suffirait pour rendre valable la Donation, non-seulement en faveur des enfans à naître, mais encore en faveur de ceux qui seraient nés, et qui n'auraient point accepté. En effet, si la Donation n'était pas valable par le défaut d'acceptation relativement aux enfants nés qui n'auraient point accepté, le donateur ni ses héritiers n'en profiteraient pas, et le bénéfice tournerait au profit seul de l'enfant donataire qui aurait accepté, lequel de son côté serait non-recevable à contester la forme du contrat qui lui servirait de titre.

Ricard, qui tient cette opinion, rapporte pour la confirmer, un arrêt du parlement de Paris, rendu le 2 mars 1657 dans l'espèce suivante : une mère qui s'était remariée avait donné à deux enfans qu'elle avait d'un premier lit, sa part des conquêts de la première communauté : la Donation n'ayant été acceptée que par l'un des donataires, la donatrice la révoqua à l'égard de l'autre : mais l'arrêt cité confirma la sentence dont était appel, par laquelle il avait été ordonné que nonobstant la révocation, la Donation sortirait son effet pour le tout.

Maynard, la Roche-Flavin et le président Cambolas, nous

apprennent qu'autrefois le parlement de Toulouse était dans l'usage de restituer l'église et les mineurs contre le défaut d'acceptation des Donations ; mais cette jurisprudence a été abrogée par l'article 14 de l'ordonnance de 1731. Suivant cette loi, l'église, les hôpitaux, les mineurs, les interdits et en général tous ceux qui jouissent des privilèges des mineurs, ne peuvent en aucun cas être restitués contre le défaut d'acceptation des Donations entre-vifs : mais si les tuteurs des mineurs, les curateurs des interdits ou les administrateurs des églises ont négligé d'accepter des Donations faites en faveur de ceux dont les intérêts leur étaient confiés, ils sont responsables de cette négligence, et doivent indemniser les parties intéressées jusqu'à concurrence du bénéfice qu'elles auraient retiré de ces Donations.

---

* 1 *Ricard*, *1ère part.*, *ch.* 4, *s.* 1, *Nos.* 834-5-6. } 834. Lorsque l'un a déclaré qu'il donne, et l'autre qu'il accepte, la donation est parfaite entre le donateur et le donataire, et non pas autrement ; l'accomplissement de la donation à leur égard consistant dans ce concours de volontez, nécessaire pour donner la perfection à cet acte, qui n'est achevé que lorsque le donataire a accepté la libéralité qui lui est faite par son donateur ; et l'acceptation étant faite, le donateur ne peut plus résilier du projet de sa donation : parce que sa foi est engagée, et son bienfait agréé. C'est ce que nous a voulu signifier Terence, *in Andriâ*, *act.* 5, *Scena* 4.

Dos, *Pamphile*, *est*
Decem talenta, *P. Accipio.*

Surquoi son sçavant Commentateur *Ælius Donatus*, remarque très-à-propos ; *si non dixisset*, *accipio*, *dos non esset.* La nécessité de l'acceptation nous est encore désignée par ces termes de Cicéron, en ses Topiques. *Neque deditionem*, *neque donationem*, *sine acceptatione intelligi.*

835. La disposition du Droit est expresse à ce sujet, ayant

mis les donations entre-vifs au rang des contrats synallagmatiques, qui ne sont point parfaits, même entre les parties contractantes, jusques à ce que leurs volontez ayant concouru, et qu'elles soient également engagées. *In omnibus rebus quæ dominium transferunt, concurrere oportet effectus ex utraque parte contrahentium : Nam sive ea venditio, sive donatio, sive alia quælibet causa contrahendi fuit ; nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inquoatur, non potest ; l. in omnibus* 55. *ff. de actionib. et oblig. l. absenti* 10. *l. hoc jure* 19. §. *nolenti, l. nuda ratio* 26. *ff. de donationib. l. non videntur* 127, *ff. de regul. jur. et l.* 6. *C. de donationib.*

Néanmoins par le Droit Romain, l'acceptation n'était pas nécessaire pour les donations à cause de mort ; parce que l'acte peut valoir en ce cas comme fidéicommis, à moins que la donation ne fût faite par un fils de famille ne pouvant faire aucun testament ni codicile ; c'est pourquoi l'acceptation était pour lors nécessaire : mais parmi nous, la donation qui subsiste seulement comme donation à cause de mort, doit être revêtue de toutes les formalitez requises pour l'acte que l'on a eu dessein de faire. Quelques-uns même de nos Auteurs ont voulu que celui à qui l'on donne pour cause de mort, fût présent à la donation. *Chassan. in Consuet. Burgund.* des successions, § 12, mais il suffit qu'elles soient acceptées du vivant du donateur, suivant la Loi *absenti* du Digeste *de donat.*

836. La nécessité de l'acceptation est aussi établie par nos Ordonnances, qui n'ont attribué aux donations leur effet, et ne les ont rendues irrévocables, que quand elles ont été bien et duement acceptées. C'est ce qui est porté par les articles 133 et 134 de l'Ordonnance de 1539 et par la Déclaration intervenue en interprétation de cette Ordonnance au mois de Février 1547, enregistrée au Parlement le 4 Mars suivant. Tellement que c'est une maxime constante, aussi bien par la disposition du Droit civil, qu'aux termes de notre Jurisprudence Française, que jusqu'à l'acceptation, il est en la liberté du donateur de révoquer la donation ; et que dès aussitôt que l'acceptation est accomplie, la donation est parfaite à son

égard, et il peut être contraint de lui donner son exécution, en ce qui dépend de lui.

Voy. art. 868 C. C. B. C. et les autorités sur cet article.

---

* *N. Denisart, Vo. Acceptation, p.* 87. } 3. Plusieurs loix citées par Ricard, Traité des donations, No. 835, mettent les donations entre-vifs au rang des contrats synallagmatiques, qui ne sont point parfaits jusqu'à ce que les volontés des parties contractantes ayent concouru ensemble, et qu'elles se soient réciproquement engagées. La loi 55, ff. *de act. et oblig.* le décide expressément : *In omnibus rebus quæ dominium transferunt, concurrere oportet affectus ex utraque parte contrahentium ; nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quælibet alia causa contrahendi sint, nisi animus utriusque consentit perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.* Voici ce qu'on lit dans la réponse du parlement de Toulouse à la première des questions proposées par M. Daguesseau à tous les parlemens du royaume, sur la matière des donations. " L'acceptation du donataire est absolu-" ment nécessaire pour la perfection d'une donation ; c'est la " jurisprudence du parlement fondée, non-seulement sur l'or-" donnance de 1539, mais encore sur la disposition du droit " romain qui le décide ainsi. L'essence et la nature des con-" trats est d'être revêtus du consentement réciproque de tous " les contractans. La donation entre-vifs est de ce nombre : " c'est un contrat obligatoire de part et d'autre " ; d'où le parlement conclut que c'est l'*acceptation* qui rend la donation entre-vifs parfaite et irrévocable.

---

788. [Il n'est pas nécessaire que l'acceptation d'une donation soit en termes exprès. Elle peut s'inférer de l'acte ou des circonstances. La présence du donataire à l'acte et sa signature sont au nombre de celles qui peuvent la faire inférer.]

L'acceptation se présume en un contrat de mariage tant à l'égard des époux que des enfants à naître. Dans la donation de biens meubles, elle se présume aussi de la délivrance.

788. [The acceptance of a gift need not be in express terms. It may be inferred from the deed or from circumstances, among which may be counted the presence of the donee to the deed, and his signature.]

This acceptance is presumed in a contract of mariage, as well with regard to the consorts as to the future children. In gifts of moveable property this presumption also results from the delivery.

Voy. autorités sur art. 787.

---

* 1 *Ricard*, *1ère part.*, *ch.* 4, *s.* 1, *No.* 837 *et partie de* 838. } 837. Mais on demande s'il est nécessaire que le donataire ait expressément déclaré qu'il accepte, et si l'acceptation doit être faite en termes formels, ou s'il suffit qu'elle soit censée faite par quelque acte équipollent ? Je ne fais pas de difficulté qu'en termes de Droit, l'acceptation ne se puisse suppléer par équipollence ; d'autant que non-seulement c'est une maxime générale établie par plusieurs Loix, que celui qui agrée par effet, est réputé avoir suffisamment confirmé et accepté ce qui a été fait pour lui, quoiqu'il n'ait été rédigé aucun acte par écrit de son acceptation. *Paulus respondit*, *non tantùm verbis ratum haberi posse*, *sed etiam actu. l. Paulus* 5. *D. rem ratam haberi.* Mais aussi il y a des textes particuliers

[ARTICLE 789.]

pour les donations, qui décident que la possession que prend le donataire de la chose donnée, équipolle à une acceptation formelle. *Nec ambigi oportet donationes etiam inter absentes et maximè si ex voluntate donantium possessiones ii quibus dona tum est nanciscantur, validas esse, l. nec ambigi* 6, *cum l. seq. C. de donationib.* Il est vrai que les Loix désirent en ce cas, qu'outre l'appréhension de la possession de fait de la chose donnée, il paraisse que le donataire a eu intention de jouir à titre de donation, et qu'il n'a pas crû posséder en vertu d'un autre titre, pour rendre la donation parfaite. *Si ego pecuniam quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse, l. si ego* 18. *D. de reb. cred. et l. absente* 10. *D. de donationib.*

838. Notre Jurisprudence Française, composée en partie des Arrêts de la Cour, y a apporté plus de solennité, n'ayant pas admis cette équipollence, et voulant qu'elle soit acceptée expressément, et en termes formels par le donataire.

---

789. La donation entre-vifs peut être acceptée : par le donataire lui-même, autorisé et assisté, s'il y a lieu, comme pour les autres contrats ; par le mineur, l'interdit pour prodigalité, et par celui auquel il a été nommé un conseil judiciaire, eux-mêmes, sauf le cas de restitution ; et par les tuteurs, curateurs et ascendants pour les mineurs, ainsi qu'il est porté au titre *De la Minorité, de la Tutelle et de l'Emanci-*

789. Gifts *inter vivos* may be accepted by the donee himself, authorized and assisted if so it be, as in other contracts ; miners, persons interdicted for prodigality, and those to whom an adviser has been judicially appointed, may also accept unassisted, saving their right to be relieved ; tutors, curators and ascendants may accept in behalf of minors, as laid down in the title *Of Minority, Tutorship and*

pation. Le curateur à l'interdit peut également accepter pour lui.

Ceux qui composent ou administrent les corporations peuvent accepter pour elles.

Emancipation, and curators appointed to interdicted persons may also accept for such persons.

The persons who compose a corporation or administer for it may also accept gifts in its behalf.

Voy. arts. 177 et 303 C. C. B. C.

---

* 1 *Ricard, Don., 1ère part., ch. 4, s. 1, Nos.* 844-5-6. } 844. Mais on demande, sçavoir si le mineur qui n'a pas encore atteint l'âge de 25 ans, et qui est néanmoins capable de déclarer sa volonté, et de signer, peut valablement accepter la donation qui est faite en sa faveur ? Il semble que l'affirmative ne soit pas susceptible de difficulté ; parce que le privilége qu'a le mineur à cause de son bas âge, de se faire restituer contre les contrats qui lui sont désavantageux, ne doit pas lui porter de préjudice, et rien n'empêche qu'il ne puisse rendre sa condition meilleure, en acceptant les donations qui peuvent être faites à son profit ou autrement. *Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris autoritate non potest, acquirere, autem sibi stipulando, etiam sine tutoris autoritate potest. l. obligari* 9. *D. de auth. et conf. tutor.*

845. On peut néanmoins dire au contraire, que la décision de ce texte ne doit pas être appliquée en un cas auquel la Loi requiert une solennité exacte, et conséquemment une habilité en toutes les personnes, dont la présence et le consentement sont nécessaires pour rendre l'acte parfait. Il semble que notre espèce soit plutôt aux termes du § 2. de la même Loi, où le Jurisconsulte résout, que le mineur ne peut pas accepter, sans l'autorité de son tuteur, une succession qui lui est déférée, encore qu'elle se trouve lui être avantageuse ; et ce

sur la même raison, sçavoir que l'acceptation d'hérédité est un acte solennel aussi bien que la donation, et non pas un simple acte de bonne foi, comme sont les contrats de vente et d'achat. *In quibus hæreditatem adire, sine tutoris autoritate non potest, quamvis lucrosa sit, nec habeat damnum, sed nec ex Senatusconsulto Trebelliano hæreditatem recipere, sine tutoris auctoritate potest, d.* § 2.

846. En effet, en considérant cette question dans son principe, la raison pour laquelle l'acceptation est si essentiellement requise pour l'accomplissement d'une donation, est sans doute, parce qu'il est de la nature des donations entre-vifs, qu'elles soient fixes, permanentes et irrévocables, tant de la part du donataire que du donateur. Ce qui ne peut pas se rencontrer, si l'acceptation est faite par une personne qui n'est point capable de s'obliger : la donation quoique qualifiée pure et simple, étant toujours faite sous des charges et conditions tacites, comme de nourrir le donateur en cas de nécessité, de rapporter les choses données en cas d'ingratitude, ou de survenance d'enfans, et de payer les dettes auxquelles les biens donnez sont sujets et hypotequez du moins jusqu'à concurrence.

Voy. *Bourjon*, cité sur art. 772.

---

* 2 *Bourjon, Don., tit.* 4, *ch.* 4, *s.* 1, *No.* 22 *et s.* } 22. Quant à la donation faite par un tuteur à son pupille, y a-t-il nullité, s'il n'y a acceptation pour le pupille de la part d'un tuteur *ad hoc* créé à cet effet ? Il me paraissait, et même avant l'Ordonnance de 1731, que cette question, qui était assez controversée, était plus philosophique que réelle, puisque la validité de la donation s'établissait par un moyen qui faisait cesser la prétendue insuffisance d'une telle acceptation ; mais la sagesse de l'Ordonnance de 1731 a fait cesser cette inutile dispute, en décidant le mineur capable d'accepter une donation.

L'affirmative était sur ce l'opinion commune au Châtelet avant l'Ordonnance de 1731, opinion qui était conforme au sentiment de M. Ricard, des Donat. part. 1, ch. 4, sect. 7, No. 86, pag. 190. Voyez la sect. 4, ci-après. Si l'acceptation n'est pas nulle dans la thèse générale, quoique faite par le mineur, pourquoi sera-t-elle nulle, lorsque c'est son tuteur qui est donateur ? Qualité qui lui donne un second moyen, pour soutenir la validité de la donation ; ce qui forme la proposition qui suit.

23. Mais en adoptant même la nullité de l'acceptation du pupille, de la donation à lui faite par son tuteur ; supposition qu'on ne fait que pour examiner l'opinion de quelqu'un avant l'Ordonnance : comme le tuteur serait sur ce garant de sa négligence, telle donation devait toujours valoir sur ses biens par forme de dommages et intérêts ; ainsi le raisonnement conduirait à la validité de la donation.

M. le Maistre, tit. 13, pag. 369.

---

* 1 *N. Denisart, V. Acceptation, p.* 89-90. } § II. 1. L'*acceptation* formant entre le donateur et le donataire un engagement qui, dans certains cas, peut être préjudiciable à celui-ci, il résulte delà que pour accepter valablement une donation, il faut être capable de s'engager. C'est sur ce principe général que sont fondés principalement, les articles de l'ordonnance que nous allons rapporter.

Art. VII. Si le donataire est mineur de vingt-cinq ans, ou interdit par autorité de justice, l'*acceptation* pourra être faite pour lui, soit par son tuteur ou son curateur, soit par ses père ou mère, ou autres ascendans, même du vivant du père et de la mère, sans qu'il soit besoin d'aucun avis de parens pour rendre ladite *acceptation* valable.

Art. VIII. L'*acceptation* pourra aussi être faite par les administrateurs des hôpitaux, hôtels-Dieu, ou autres semblables établissemens de charité, autorisés par nos lettres-patentes, registrées en nos cours, et par les curés et marguilliers, lors-

[ARTICLE 790.]

qu'il s'agira de donations entre-vifs faites pour le service divin, pour fondations particulières, ou pour la subsistance et le soulagement des pauvres de leurs paroisses.

Art. IX. Les femmes mariées, même celles qui ne seront communes en biens, ou qui auront été séparées par sentence ou arrêt, ne pourront accepter aucune donation entre-vifs, sans être autorisées par leurs maris, ou par justice à leur refus.

N'entendons néanmoins rien innover sur ce point, à l'égard des donations qui seraient faites à la femme, pour lui tenir lieu de bien paraphernal, dans les pays où les femmes mariées peuvent avoir des biens de cette qualité.

Art. XIV. Les mineurs, les interdits, l'église, les hôpitaux, communautés, ou autres qui jouissent des privilèges des mineurs, ne pourront être restitués contre le défaut d'*acceptation* des donations entre-vifs ; le tout sans préjudice du recours, tel que de droit, desdits mineurs ou interdits contre leurs tuteurs ou curateurs, et desdites églises, hôpitaux, communautés, ou autres jouissant des priviléges des mineurs, contre leurs administrateurs, sans qu'en aucun cas la donation puisse être confirmée, sous prètexte de l'insolvabilité de ceux contre lesquels ledit recours pourra être exercé.

2. On peut douter, d'après la simple lecture de l'article VII que nous venons de citer, si nonobstant ses dispositions, les mineurs et les interdits qui ont l'usage de la raison, ne peuvent point accepter les donations faites à leur profit. Plusieurs auteurs pensent que l'ordonnance ne les a point privés de cette faculté. M. Pothier, entr'autres, coutume d'Orléans, *tit.* 15, *No.* 81, embrasse ce sentiment, et l'appuie de plusieurs raisons.

---

790. Dans les donations entrevifs aux enfants nés et à naître, dans les cas où elles peuvent être faites,	790. In gifts *inter vivos* in favor of children born and to be born, where such gifts may be made, the ac-

l'acceptation par ceux qui sont nés, ou pour eux par une personne capable d'accepter, vaut pour ceux qui ne sont pas nés, s'ils s'en prévalent.

ceptance by those who are born, or by a qualified person for them, holds good for the others not yet born, if they avail themselves of it.

Voy. *Ricard*, cité sur art. 772.

---

791. L'acceptation peut être faite postérieurement à l'acte de donation ; elle doit l'être cependant du vivant du donateur et pendant qu'il conserve la capacité de donner.

791. The acceptance may be subsequent to the deed of gift ; but it must be made during the lifetime of the donor, and while he is still capable of giving.

Voy. *Ricard*, cité sur art. 771.

---

* 2 *Troplong*, *Nos*. 1095, 1098, 1099, 1100, 1102. } 1095. Mais si la donation est faite *in solidum*, alors toute la libéralité demeure au donataire acceptant *jure non decrescendi*, sauf qu'il est obligé de la communiquer à son co-donataire, quand celui-ci accepte, parce qu'alors *concursu fiunt partes*.

1098. Mais ce qui est capital en cette matière, c'est que la donation étant une convention qui requiert la rencontre de deux volontés, on ne peut accepter une donation que du vivant du donateur. L'acceptation faite après sa mort viendrait trop tard et à une époque où le concours des deux volontés est devenu impossible : *Quia post mortem, dominium incipit discedere ab eo qui dedit*. Un simple changement de

volonté arrivé avant l'acceptation suffit pour révoquer ce qui a été fait ; à plus forte raison doit-il en être de même de la mort, qui sépare à jamais les deux volontés ; *Mors omnia solvit.*

1099. Il y a plus : les héritiers du donataire ne peuvent pas accepter la donation qu'il n'avait pas acceptée au moment de l'acte. La faculté d'accepter n'est pas un droit réel ; c'est une faculté personnelle et intransmissible. La raison en est que quand on se dépouille de ses biens, ce n'est pour l'ordinaire que par des considérations personnelles d'amitié ou d'affection. Ne serait-il pas injuste de faire passer la donation à des héritiers que le donateur n'avait pas en vue ?

1100. Il faut dire, par suite, que les créanciers du donataire ne peuvent accepter pour lui la donation qui lui a été faite sans acceptation immédiate. Vainement diraient-ils que le donateur refuse d'accepter pour faire fraude à leurs droits. Le donateur qui n'est lié que par le consentement du donataire est censé retirer le sien, si la donation n'est acceptée que par des personnes en faveur desquelles il n'a pas eu l'intention d'être libéral.

1102. De cette nécessité de la notification de l'acceptation, il suit que si le donateur décédait, ou devenait incapable, après l'acceptation, mais avant qu'elle lui eût été notifiée, cette acceptation serait de nul effet à son égard. Il suit encore que, si avant la notification de l'acceptation, le donateur avait aliéné la chose donnée ou une partie de la chose, s'il l'avait hypothéquée, grevée de servitudes, etc., tout cela retomberait sur le donataire.

---

* 8 *Pothier, Don.*, *Nos.* 52 *à* 58. } 52. De ce que la donation n'a d'effet que du jour de l'acceptation, il suit que, par l'acceptation de la donation, la chose donnée ne passe au donataire qu'avec la charge des hypothèques que le donateur a contractées dans le temps intermédiaire de la donation et de l'acceptation, et avec toutes les autres charges qu'il y aurait imposées.

53. Il n'est pas douteux que la donation ne puisse avoir d'effet avant l'acceptation au préjudice des tiers qui auraient acquis quelque droit dans la chose donnée ; mais, lorsqu'il ne s'agit pas de l'intérêt de ces tiers, on demande si l'acceptation peut avoir un effet rétroactif au temps de la donation : par exemple, à l'effet que, si on m'a donné un héritage avant mon mariage, et que je n'aie accepté la donation que depuis, l'héritage me soit propre de communauté ?

On dira pour l'affirmative que l'acceptation que je fais, est une ratification de celle que le notaire stipulant pour moi avait déjà faite, en recevant l'acte qui contient la donation. Or, dira-t-on, c'est le propre des ratifications d'avoir un effet rétroactif au temps de l'acte ratifié.—Au contraire pour la négative, on dira que la ratification d'un acte qui aurait toutes ses formes et auquel il ne manquerait que le consentement de la personne qui le ratifie, peut avoir un effet rétroactif ; mais il n'en est pas de même lorsque cette acceptation est une formalité requise pour la validité de l'acte. On peut bien donner au consentement d'une personne qui ratifie un effet rétroactif, en supposant que, dès le temps de l'acte, elle a voulu et consenti à tout ce qui a été fait en son nom ; mais on ne peut pas donner un effet rétroactif à une formalité requise, ni la supposer intervenue avant qu'elle l'ait été effectivement. En vain, dirait-on, que le donataire, en acceptant depuis, est censé, dès le temps de la donation, avoir voulu et avoir accepté ce que le notaire a stipulé pour lui ; car, on répondrait qu'en vain on suppose qu'il a voulu dès ce temps accepter, puisque la volonté n'est pas seule suffisante pour la perfection de la donation, qui requiert, outre cela, que cette volonté soit expresse, et qu'ainsi l'acte ne peut être regardé comme parfait que du jour que son acceptation est intervenue.

C'est pour cela que l'ordonnance, art. 5, déclare de nul effet les acceptations de notaires stipulant pour les absents ; et défend aux notaires de faire ces stipulations dans les donations.

54. De ce que la donation ne commence à avoir son effet que du jour de l'acceptation, il suit aussi que l'ordonnance a

bien décidé en ordonnant qu'elle devrait l'être du vivant du donateur ; car, la donation n'ayant d'effet que du jour qu'elle est acceptée, ce n'est que de ce jour que le donateur est réputé avoir donné et consommé sa donation ; d'où il suit qu'il faut qu'il soit vivant, car on ne peut plus rien faire après qu'on est mort. La donation étant une convention, elle se forme par le concours des volontés du donateur et du donataire. L'acceptation qui se fait du vivant du donateur forme ce concours, parce que le donateur, qui n'a pas témoigné avoir changé de volonté, est présumé persévérer toujours dans la volonté de donner qu'il avait déclarée auparavant ; mais l'acceptation qui se fait après la mort du donateur ne peut plus former ce concours puisqu'un mort n'a plus de volonté.

55. Il suit de ces principes que l'acceptation ne peut se faire, non-seulement après la mort du donateur, mais même après qu'il a perdu l'usage de la raison, ou que, sans l'avoir perdu, il est devenu d'ailleurs incapable de donner ; car on ne peut plus supposer, lors de l'acceptation, le concours des volontés du donateur et du donataire, nécessaire pour former la donation, si, dans ce temps, le donateur est incapable de volonté. En vain, lors de l'acceptation, serait-il supposé persévérer dans la volonté de donner, si, dans ce temps, il était incapable de donner ; par exemple, s'il était lors interdit ; s'il était lors marié à la personne du donataire : car, comme c'est dans ce temps que se forme la donation, et qu'elle reçoit sa perfection, il est clair que c'est dans ce temps que la capacité de donner est requise.

56. C'est encore une suite de nos principes que, de même que l'acceptation ne peut se faire que du vivant du donateur, elle ne peut se faire que du vivant du donataire, par lui-même, ou par son procureur, et que son héritier ne peut pas, après sa mort, accepter la donation, comme l'a mal à propos avancé Lalande. Cela suit évidemment de nos principes.

Pour que le concours des deux volontés qui forme la donation ait lieu, il faut que ce soit la même personne à qui le donateur veut donner, qui veuille accepter la donation. Lors-

que c'est l'héritier qui accepte la donation, ce n'est pas la personne à qui le donateur veut donner, puisque le donateur n'a pensé qu'au défunt, et non pas à son héritier ; le concours nécessaire des deux volontés, pour former la donation, ne se trouve donc pas. En vain, dirait-on, que l'héritier représente le défunt, et est censé la même personne que lui ; car cela n'est vrai qu'autant que l'héritier a succédé aux droits du défunt ; mais le défunt, étant mort avant l'acceptation, n'avait aucun droit résultant de la donation, puisque ce n'est que par l'acceptation qu'il pouvait en acquérir ; il n'a donc pu en transmettre aucun à son héritier à cet égard, et par conséquent son héritier ne peut pas à cet égard le représenter, ni accepter la donation.

57. Il suit encore de nos principes, que le donataire doit être capable de recevoir des donations lors de l'acceptation ; car, puisque c'est proprement dans ce temps que la donation se forme, c'est aussi dans ce temps que le donataire doit en avoir la capacité.

Doit-on toujours conclure de là que, si le donataire, dans le temps intermédiaire de la donation et de l'acceptation, devenait le médecin ou le procureur du donateur, la donation ne serait pas valable ?—Je pense que non ; car, l'incapacité du médecin, des procureurs et des personnes semblables, n'étant pas une incapacité absolue et prononcée par la loi mais une incapacité improprement dite, et qui ne résulte que de la présomption qui naît de la qualité de ces personnes, que cette donation a été extorquée par leur empire sur l'esprit du donateur, cette incapacité ne doit plus être considérée lorsque cette présomption cesse, et qu'il paraît que le donateur s'était porté à la donation, avant que le donataire eût eu cette qualité qui pouvait lui donner de l'ascendant sur l'esprit du donateur.

---

792. [Le mineur et l'interdit ne sont pas restituables contre l'acceptation ou la répudiation en leur nom par une personne capable d'accepter, s'il y a eu autorisation préalable du juge sur avis du conseil de famille. Accompagnée de ces formalités, l'acceptation a le même effet que si elle était faite par un majeur usant de ses droits.]

792. [Minors and interdicted persons cannot be relieved from the acceptance or repudiation made in their name by a qualified person, if it have been previously authorized by a judge, upon the advice of a family council. With these formalities the acceptance is as effectual as if it were made by a person of age, in the full exercise of his rights.]

---

793. L'acte de donation peut être fait sujet à l'acceptation, sans qu'aucune personne y représente le donataire. L'acceptation prétendue faite par le notaire, ou par une autre personne non autorisée, ne rend pas la donation nulle, mais une telle acceptation est sans effet et la ratification par le donataire ne peut valoir comme acceptation qu'à compter du jour où elle a eu lieu.

793. Deeds of gift may be executed subject to acceptance, without the donee being therein represented. An acceptance purporting to be made by the notary, or other person not authorized, does not render the gift void, but it is without effect, and the confirmation by the donee can only avail as an acceptance from the time at which it takes place.

Voy. *Ricard*, cité sur art. 786.

* 1 *Ricard*, 1ère *part.*, *ch.* 4, *s.* 1, *Nos.* 866, 878. } 866. Nos Notaires n'ayant aucune qualité particulière pour acquérir au nom d'autrui, il s'ensuit qu'ils sont entièrement incapables de stipuler et d'accepter en faveur des autres ; ce qui est même appuyé des principes du Droit écrit en la Loy 3. *C. de inutilib. stipulat. Ut inter absentes verborum obligatio contrahi non potest, ità alteri cujus juri subjectus non est, aliquid dari vel restitui, nisi sua intersit, nemo stipulari potest.* Aussi cette doctrine n'est en façon quelconque présentement révoquée en doute, même à l'égard des mineurs ; comme il paraît par quelques-uns des Arrêts que nous avons rapportez ci-dessus, et encore par un autre donné sur cette difficulté, au rapport de Monsieur Sanguin, le 5 Mars 1613 entre Touzon, le Comte et du Champ, qui a été mis entre les Arrêtez de la cinquième Chambre des Enquêtes.

878. Il nous reste à expliquer de quelle manière doit être conçue l'acceptation, lorsqu'elle a été faite par le donateur en l'absence du donataire ; mais comme cette difficulté se trouve décidée par nos Ordonnances, je me contenterai d'en rapporter les textes : La première qui en parle, est celle de l'année 1539 qui porte : " Et quant à celles, (parlant des donations) qui " seront faites en l'absence desdits donataires, les Notaires " stipulans pour eux, elles commenceront leur effet du tems " qu'elles auront été acceptées par lesdits donataires, en la " présence des donateurs et Notaires, insinuées comme dessus ; autrement elles seront réputées nulles, encore que par " Lettres et instrumens d'icelles, y eût clause de retention " d'usufruit, ou constitution de précaire, dont ne s'ensuivra " aucun effet, sinon depuis que les acceptations ou insinuations auront été faites comme dessus." La Déclaration du mois de Février 1549 qui contient l'interprétation et la modification de cette Ordonnance, est conçue en ces termes : " En " interprétant et modifiant le 133 article des Ordonnances du " mois d'Aoust 1539, Voulons et ordonnons, que les donations " faites à personnes absentes, se puissent accepter par les donataires, en l'absence du donateur ; pourvû qu'icelles dona-

" tions soient faites du vivant du donateur, et qu'icelle accep-
" tation soit faite en présence de personnes publiques, et
" témoins, ou de deux Notaires, et que l'instrument de la do-
" nation soit inséré en la Note, acte et instrument de ladite
" acceptation."

---

* *Ord. des Don.* (1731) } 5. Les donations entre-vifs, même
art. 5. } celles qui seraient faites en faveur de l'église, ou pour causes pies, ne pourront engager le donateur, ni produire aucun autre effet que du jour qu'elles auront été acceptées par le donataire ou par son procureur-général ou spécial, dont la procuration demeurera annexée à la minute de la donation ; et en cas qu'elle eût été acceptée par une personne qui aurait déclaré se porter fort pour le donataire absent, ladite donation n'aura effet que du jour de la ratification expresse que ledit donataire en aura faite par acte passé pardevant notaires, duquel acte il restera minute. Défendons à tous notaires et tabellions, d'accepter les donations, comme stipulant pour les donataires absents, à peine de nullité des dites stipulations.

---

* 1 *Sallé, sur art.* 5, *Ord.* 1731, } *Les donations entre-vifs ne*
p. 25 *à* 30. } *pourront engager le donateur que du jour qu'elles auront été acceptées par le donataire.*

Les donations entre-vifs sont des contrats synallagmatiques. Par conséquent, pour les perfectionner, il faut nécessairement le concours de deux volontés ; savoir, celle du donateur qui fait la libéralité, et celle du donataire qui l'accepte. Jusqu'à ce que le donataire ait accepté, le donateur peut accepter de volonté, et révoquer son bienfait. Mais, aussitôt que l'acceptation est intervenue, le donateur est lié, sa foi est engagée, et il peut être contraint de faire la délivrance de la chose donnée ; parce qu'ayant une fois déclaré qu'il donnait, et sa déclaration étant scellée d'une acceptation, il est tenu de délivrer ce qu'il a promis ; puisque sans cette tradition il n'y a

point de donation. *Sed et si quis faciat donationem sive bessis, sive dimidiæ partis, sua substantiæ, sive tertiæ, sive quartæ, sive quantocumque vel etiam totius, coerceat donatorem, tantùm quantùm donavit, præstare. Leq. si quis argentum* 30, § *Sed et ei si quis, cod. de donat.*

Ou par son procureur-général ou spécial.

Quelques auteurs ont prétendu qu'une procuration générale était insuffisante, et que le procureur devait être fondé d'une procuration spéciale ; qu'autrement la donation était nulle, parce que l'acceptation doit être expresse de la part du donataire, et qu'une procuration générale de sa part n'explique pas suffisamment, selon eux, cette volonté expresse d'accepter la donation. Mais notre ordonnance l'a décidé autrement, et se contente d'une procuration, soit générale, soit spéciale.

Ni produire aucun autre effet que du jour, etc.

L'acceptation est de l'essence intrinsèque de la donation entre-vifs, suivant sa propre définition. *Donatio est liberalitas, nullo jure cogente, in consentientem collata.* Ainsi, par une conséquence nécessaire, une donation entre-vifs dénuée d'acceptation, non-seulement ne peut engager le donateur ; mais bien plus, étant radicalement nulle en elle-même, elle ne peut pro duire aucun effet.

Et en cas qu'elle eut été acceptée par une personne qui aurait déclaré se porter fort pour le donataire absent, ladite donation n'aura effet que du jour de la ratification que ledit donataire en aura faite.

La donation étant un contrat obligatoire entre le donateur et le donataire, l'acceptation doit être faite par le donataire en personne, ou du moins par son fondé de procuration : l'acceptation d'un tiers sans pouvoir, est incapable de faire valoir la donation, à moins qu'elle ne soit ratifiée par le donataire, du vivant du donateur ; car si cette acceptation d'un tiers

n'était point ratifiée par le donataire du vivant du donateur, la donation serait nulle par le défaut d'acceptation.

Par acte passé pardevant notaires, duquel acte il restera minute.

L'acceptation ne formant qu'un seul et même contrat avec la donation, dont elle est une partie nécessaire, elle doit par conséquent être aussi constante et aussi solennelle que la donation même. Or la présente ordonnance veut, article I, que toute donation entre-vifs soit passée pardevant notaire avec minute. Donc la ratification que fait le donataire de l'acceptation d'un tiers, équivaut à l'acceptation qu'il aurait pu faire lui-même, ou pour parler plus juste, cette ratification étant la seule et véritable acceptation, elle doit être faite d'une manière aussi authentique que la donation, c'est-à-dire, pardevant notaires avec minute : ce qui prouve que cette disposition de l'article V est une suite et une conséquence de l'article premier.

Défendons à tous notaires et tabellions d'accepter les donations comme stipulant pour les donataires absents, à peine de nullité desdites stipulations.

Dans le droit Romain, les esclaves pouvaient acquérir pour leur maître, et par conséquent ils pouvaient accepter pour leur maître les donations faites en sa faveur. Dans la suite on choisit exprès parmi les serfs certains esclaves pour en faire des notaires qui devenaient esclaves publics, et par cette qualité capables d'acquérir pour tous les absents, à l'*instar* des serfs particuliers, qui pouvaient acquérir pour leur maître. C'est de là que les notaires parmi les Romains, avaient droit et qualité pour accepter les donations faites aux absents.

Mais on ne peut faire aucune application de tout ceci dans notre usage, même en pays de droit écrit. Car, comme l'observe très-bien Ricard, nous n'avons point d'esclaves parmi nous, qui acquièrent en nos noms, comme faisaient les Romains, et nos notaires sont personnes libres : de sorte que ces

notaires n'ayant aucune qualité particulière pour acquérir au nom d'autrui, il s'ensuit qu'ils sont entièrement incapables de stipuler et d'accepter en faveur des autres. D'ailleurs, nous avons un texte formel d'ordonnance qui le décide ainsi. C'est l'article CXXXIII de l'ordonnance de 1539, dont voici les termes : *Et quant aux donations qui auraient été faites en l'absence des donataires, les notaires stipulant pour eux, elles commenceront leur effet du jour qu'elles auront été acceptées, autrement elles seront réputées nulles.* Donc, sans l'acceptation du donataire, la stipulation et l'acceptation du notaire étaient inutiles et illusoires, suivant cette ordonnance.

---

* *Ord. de* 1531, *art.* 133, cité par Ricard sur présent article.

Voy. *Guyot*, cité sur art. 787.

---

* 1 *Guyot, Vo. acceptation, p.* 99. } Si le donataire est absent, et que la *donation* ait été acceptée par quelqu'un qui ait déclaré se porter fort pour lui, elle n'aura d'effet que du jour de la ratification expresse faite par le donataire par acte passé devant notaire, et dont il doit rester minute.

Autrefois le notaire acceptait pour le donataire absent; mais l'ordonnance citée défend à tous notaires ou tabellions de faire ces sortes d'Acceptations, à peine de nullité.

---

* 2 *Bourjon, Des Don., tit.* 4, *ch.* 4, *s.* 1, *Nos.* 9 *et s.* } 9. Cependant la donation peut être valablement acceptée par un fondé de procuration générale ou spéciale. On verra par la proposition suivante, la forme que doit avoir une telle acceptation ; mais elle peut se faire par Procureur.

Art. 5 de l'Ordonnance de 1731 qu'on vient de citer ; Arrêt

du 9 Mars 1705, rapporté dans le sixième volume du Journal des Audiences, liv. 5, ch. 19, pag. 509, voyez M. le Maistre, tit. 13, page 371, et telle a toujours été la Jurisprudence du Châtelet.

10. Mais pour la validité d'une telle acceptation, il faut que la procuration demeure annexée à la minute de la donation ; en effet, sans cela il n'y aurait pas de vrai lien de droit, puisque c'est la procuration qui est la base de la validité d'une telle acceptation.

L'art. 5 de l'Ordonnance de 1731, fonde la proposition.

11. La donation entre-vifs peut même être valablement acceptée par un tiers autre que le Notaire, se faisant fort du donataire ; mais telle donation n'est valable que par la consommation d'une telle acceptation, comme on le verra par la proposition suivante.

Mais jusqu'à ce que le donataire ait accepté, elle est révocable de la part du donateur, le contrat ne devenant parfait que par cette acceptation. M. le Maistre, tit. 13, page 372, ce que l'Ordonnance de 1731 ne parait pas détruire ; je le pense ainsi.

12. Mais en ce cas, la donation n'a effet que du jour que le donataire l'a ratifiée par acte dont il y a minute, avec acceptation par la ratification ; ce qui consomme une telle acceptation jusques-là imparfaite.

Même art. 5 de l'Ordonnance de 1731.

Voy. aussi *Bourjon*, cité sur art. 794.

---

794. La donation ne peut être acceptée après le décès du donataire par ses héritiers ou représentants.	794. Gifts cannot be accepted after the death of the donee by his heirs or representatives.

* 2 *Bourjon, Don., tit.* 4, *ch.* 4, *s.* 4, *No.* 31 *et s.* } 31. L'acceptation de la donation faite postérieurement à icelle, et par un acte séparé, forme le lien réciproque de droit, et rend le contrat de donation parfait. Ainsi la postériorité de l'acceptation ne vicie pas la donation, pourvû qu'elle soit faite ainsi qu'il va être expliqué.

La Déclaration du mois de Février 1549 et la proposition qui suit.

32. Pour la validité de cette acceptation, il faut qu'elle soit faite au pied de la minute de la donation, ou si elle est sépa rée, qu'on rapporte dans l'acte d'acceptation la teneur de la donation ; en sorte que ce soit avec une connaissance parfaite que le donataire fasse une telle acceptation.

Voyez l'article 5 de l'Ordonnance de 1731. M. Ricard, des Donat. part. 1, chap. 4, sect. 1, No. 878, page 195.

33. Il faut encore pour la validité de l'acceptation, que l'acte d'acceptation soit fait avec minute, sans quoi il y aurait nullité, parce qu'il n'y aurait pas de vrai lien de droit, et il en faut un ici nécessairement de la part du donataire.

Mais les héritiers du donataire qui serait décédé sans avoir accepté, ne peuvent faire valider la donation par une acceptation après coup. C'est le sentiment de M. de Maistre, et de l'Auteur des Notes sur son Commentaire, tit. 13, pag. 372. En effet, par le décès la donation ne peut plus recevoir sa perfection. Cela me paraît incontestable ; il y a donc nullité.

Voy. *Troplong* et *Pothier*, cités sur art. 791.

---

* *Le Maistre, sur Cout. de Paris, Tit.* 13, *p.* 372. } " La donation ne peut être révoquée par le donateur, quoiqu'elle n'ait pas encore été acceptée par le donataire. C. art. 272."

Au contraire, j'estime qu'il la peut révoquer jusques à l'acceptation, parce que les obligations se résolvent de la même

[ARTICLE 795.]

manière qu'elles se contractent, et que le donataire n'a aucun droit acquis avant l'acceptation. Aussi M. Ricard au nombre 1673, veut que le donateur et le donataire puissent révoquer une donation dont le profit doit tomber sur un tiers, si ce tiers n'a point encore de droit acquis par l'acceptation. Il confirme même son avis par deux arrêts ; le premier de l'an 1572, rapporté par M. René Chopin sur la Coutume de Paris, L. 2, tit. 3, n. 10, le second du 19 novembre 1592, dont il dit que M. Antoine Faber fait mention sur la loi 2 au Code, *de donationibus quæ sub modo.*

" Les héritiers du donataire peuvent accepter la donation après son décès pourvû que ce soit du vivant du donateur. Arrêt du 15 décembre 1554 C. art. 272." Je ne puis approuver cette décision, et il faut que l'arrêt cité ait été rendu sur des circonstances particulières, parce que comme le donataire seul a été l'objet de la libéralité du donateur, il était aussi le seul qui pût l'accepter.—*En note.* Il semble que l'art. 5 de l'ord. pourvoit à ce cas, en disant que la donation n'aura effet que du jour qu'elle aura été acceptée *par le donataire*, ou son procureur général ou spécial, d'où il semble que le donataire étant mort sans accepter par lui-même ou son procureur, l'héritier du donataire n'en soit plus capable.

SECTION III.

DE L'EFFET DES DONATIONS.

795. [La donation entre-vifs des biens présents dépouille le donateur, au moyen de l'acceptation, de la propriété de la chose donnée, et transfère cette propriété au donataire, comme dans la vente, sans qu'il soit besoin de tradition.]

SECTION III.

OF THE EFFECT OF GIFTS.

795. [Gifts *inter vivos* of present property when they are accepted, divest the donor of and vest the donee with the ownership of the thing given, as in sale, without any delivery being necessary.]

[ARTICLE 796.]

796. La donation ne comporte par l'effet de la loi seule aucune obligation de garantie de la part du donateur qui n'est censé donner la chose qu'autant qu'elle est à lui.

Néanmoins si la cause d'éviction provient de la dette du donateur, ou de son fait, il est obligé, quoiqu'il ait agi de bonne foi, de rembourser le donataire qui a payé pour se libérer, à moins que celui-ci ne soit tenu du paiement en vertu de la donation, soit par la loi, soit par la convention.

Rien n'empêche que la garantie ne soit stipulée avec plus ou moins d'étendue dans une donation comme dans tout autre contrat.

796. Gifts do not by the mere effect of law give rise to any obligation of warranty on the part of the donor, who is deemed to give the thing only in so far as it belongs to him.

Nevertheless if the cause of eviction arise from the indebtedness or the act of the donor, he is obliged, though he have acted in good faith, to reimburse the donee who has paid to free himself; unless the latter be bound to make such payment in virtue of the deed of gift, either by law or by agreement.

Warranty to a greater or less extent may be stipulated in gifts, as in any other contracts.

Voy. autorités sur arts. 780 et 797.

---

* 8 *Pothier, Don.*, *Nos.* 132 133. } 132. L'effet de la donation entre-vifs par rapport au donateur, est de le dépouiller de la propriété de la chose, et de la transférer au donataire par la tradition qui lui en est faite.

Mais la donation ne contient aucune obligation de garantie de la part du donateur, qui n'est censé donner la chose qu'autant qu'elle est à lui. Et en cela la donation est différente du

contrat de vente dans lequel le vendeur s'oblige : *præstare emptori rem habere licere.*

133. Lorsque le donataire est évincé de la chose qui lui a été donnée, soit que ce soit sur une action de revendication, soit que ce soit sur une action hypothécaire pour les dettes des auteurs du donateur, il n'y a, pour raison de cette éviction, aucun recours contre le donateur. Ne peut-il pas au moins demander que le donateur lui rembourse les dépenses qu'il aurait faites à l'occasion de la donation, comme du coût du contrat, centième denier, et des augmentations qu'il a faites à la chose, et qui étant voluptueuses, ne lui sont pas remboursées par le propriétaire ?—La raison de douter, est que le donateur a donné occasion à cette perte que souffre le donataire, en donnant impudemment ce qui n'était pas à lui. C'est donc un tort qu'il a fait au donataire par son imprudence ; néanmoins cette raison n'a pas été jugée suffisante pour y obliger le donateur, qui, dans un contrat, qui ne se faisait que pour l'avantage du donataire, ne doit pas être tenu envers lui *de culpâ*, mais seulement *de dolo*. Mais s'il paraissait que le donateur eût fait cette donation par malice pour constituer le donataire en frais, sachant qu'il serait bientôt évincé, il en sera tenu. C'est la décision de la loi 18, § 3, ff. *de Donat.*

Que si l'action hypothécaire était pour les dettes du donateur, le donataire aurait le recours qu'ont tous ceux qui paient les dettes d'un autre, à moins que ce donataire ne fût un donataire universel, qui, en cette qualité, fût tenu d'acquitter les dettes du donateur ; ainsi que nous le verrons ci-après.

---

* 2 *Bourjon, Dt. Com., tit.* 4, *ch.* 1, *sec.* 2, *No.* 6. } 6. L'effet de la donation entre-vifs est présent, et saisit le donataire irrévocablement ; cela résulte du dépouillement du donateur, qui est la base de cet acte, et cette saisine effective, irrévocable en faveur du donataire, en est la suite, la propriété ne pouvant être en suspens ; de tout cela résulte une action

de garantie en faveur du donataire contre le donateur, si le premier est troublé.

De cette irrévocabilité il s'ensuit, que de la donation parfaite, naît une garantie contre le donateur, qui doit faire jouir le donataire de la chose donnée, et le mettre à l'abri du trouble provenant de son fait ; mais il n'est pas garant de l'éviction qui ne procéderait d'ailleurs que de son fait. Voyez Bartole sur la Loi 57. ff. *de legat.* 1. M. Basset, tom. 2, liv. 5, tit. 7, ch. 3. Est à observer que le donateur n'est tenu de la garantie que *in quantum facere potest, et ne egeat* ; voilà où est limitée la garantie dont il est tenu, et c'est ce qui est établi par M. Ricard, des Donations, part. 3, chap. 7, sect. 2, No. 739, page 579, et dans son Traité des Dispositions conditionnelles, chap. 1, sect. 1, No. 133, page 122. A l'égard des héritiers du donateur, ils ne sont tenus de cette garantie, que jusqu'à concurrence de ce qu'ils ont amendé des biens du donateur, et ce de droit, et indépendamment des Lettres de bénéfice d'inventaire. C'est ce que dit le même Auteur au nombre suivant, et ce qu'il confirme dans son Traité des Dispositions conditionnelles, chap. 4, sect. 1, No. 134 et 135, page 123, ce qui est très-exactement suivi au Châtelet. Voyez M. Duplessis, page 557, d'où il faut conclure, que par rapport à cette garantie les héritiers, quoiqu'héritiers purs et simples, jouissent de plein droit du bénéfice d'inventaire.

---

* 2 *Anc. Deniz.*, *Vo. Garantie*, *No.* 17. } 17. Il n'y a point encore de *garantie* pour les choses données ; mais cela doit s'entendre d'une chose particulière et désignée dans une donation entre-vifs, de laquelle le donataire se trouve évincé, par le défaut de propriété dans la personne du donateur : ou d'un legs de corps certain, qui ne se trouve pas exister dans la succession ; on présume alors que le testateur n'a voulu donner ou léguer que le droit qu'il avait à la chose ; mais la *garantie* aurait lieu, si, pour acquitter les legs du défunt, l'héritier avait donné des biens en payement aux légataires. Voyez Dumoulin, Loyseau et Ricard.

---

* 7 *N. Deniz.*, *Vo. Don. entre-vifs*, *p.* 22. } 1. La donation entre-vifs est une convention par laquelle une personne se dessaisit gratuitement, de son vivant, de la propriété d'une chose, au profit d'une autre personne qui l'accepte.

[ARTICLE 796.]

2. L'effet de la donation entre-vifs consiste, suivant l'intention du donateur, à se dépouiller lui-même de la propriété de la chose donnée, et à la transférer au donataire par la tradition qui lui en est faite.

3. Il n'en est pas de la donation entre-vifs, comme des contrats intéressés de part et d'autre. Dans ceux-ci le prix donné par le cessionnaire, pour avoir la chose cédée, fait contracter au cédant l'obligation de garantir la possession de la chose dont il transfère la propriété, parce que l'éviction cause au cessionnaire un préjudice réel qui lui est occasionné par son cédant. Dans la donation entre-vifs, au contraire, le cessionnaire ne donne aucun prix de la chose cédée : il la reçoit gratuitement ; l'éviction ne lui cause aucun préjudice ; il ne fait que manquer à gagner. Le cédant qui n'exige aucun prix de la chose cédée, convient de transporter à son cessionnaire tout le droit de propriété qu'il peut y avoir, ni plus ni moins. Ainsi en cas d'éviction sur une demande en revendication, le donataire n'a aucun recours à exercer contre lui.

4. Quoique le donateur ne soit pas obligé de droit à la garantie, il peut s'y obliger par une clause expresse, et c'est un nouveau trait de bienfaisance envers son donataire.

5. La donation onéreuse étant, quant aux charges imposées, un contrat intéressé de part et d'autre, la garantie de la chose donnée y est de droit sans stipulation expresse.

Le donataire entre-vifs est-il tenu d'acquitter les dettes de son donateur ? Voyez *Donation*, § IV.

6. Le donataire étant saisi de la propriété par son donateur, qui la lui a abandonnée entièrement, cette propriété fait partie de ses biens : il peut en disposer comme bon lui semblera. S'il vient à décéder avant son donateur, la chose donnée passe à ses héritiers, à moins que la loi du pays ou la convention des parties, n'accorde au donateur la réversion de la chose par lui donnée en cas de prédécès du donataire : voyez *Retour*.

7. Les immeubles donnés entre-vifs à un parent lignager, sont-ils propres en la personne du donateur ?

Il y a des cas où les immeubles donnés entre-vifs sont, en

la personne du donataire, propres tout-à-la-fois et de succession et de communauté ; d'autres cas où ils sont tout-à-la-fois acquêts et effets de communauté ; enfin, d'autres cas où ils sont acquêts, quant à la succession du donataire, et propres de sa communauté. Voyez *Acquêts*, *Conquêts et Propres.*

8. Tout donataire, soit universel, soit particulier, est tenu de fournir des alimens à son donateur, réduit à l'indigence ; le refus de lui en fournir serait une ingratitude marquée, qui donnerait au donateur le droit de révoquer sa donation.

Si la donation est considérable, le donataire est obligé de faire au donateur une pension suffisante pour sa subsistance, et son entretien eu égard à son état. Mais il ne peut pas en être tenu au-delà de la valeur de l'objet donné.

---

* 1 *Thévenot-Dessaules*, *Dict. du Dig.*, *Vo. Don.*, *p.* 192, *Nos.* 20-24. } 20. Si l'on donne la chose d'autrui, il n'y a point de garantie, *Leg.* 18, *p.* 3, *eodem ;* à moins qu'il n'y ait eu dol de la part du donateur : *Si dolo fecit.* Ibidem. (La glose dit, *si sciens*, c'est-à-dire si le donateur a su que la chose était à autrui.) *V. Leg.* 22, ff. *De verb. oblig.*, *in fine.*— Le donateur en demeure ne doit point d'intérêts. *Leg.* 27, ff. h. t.

21. Le donateur n'est tenu que pour autant qu'il peut faire, (*V.* comme ci-dessus, *Condamnation pour autant qu'on peut faire*, etc.) *Leg.* 12, *et* 33, *eodem ;* " *Leg.* 28, *De reg. juris* ; quand " même il se serait obligé, par convention ou pacte de consti- " tut (*V. Constitut*), de payer ce qu'il devait en conséquence de " la donation et des stipulations y portées ; *Qui id quod ex* " *causâ donationis stipulanti spoponderat*, *solvere constituit*, *ac-* " *tione constitutæ pecuniæ*, *non in solidum*, *sed in quantum* " *facere potest*, *convenitur ; causam enim et originem constitutæ* " *pecuniæ*, *non judicii potestatem*, *prævalere placuit.* d. Leg. 33.

" Cependant, celui qui a accepté une délégation comme dé- " biteur, quoiqu'il ne le fût pas, pour gratifier le délégant, est " obligé *in solidum* envers le délégataire ; mais c'est parce

" qu'il n'est pas donateur à son égard. *Leg.* 41, ff. *De re judi* " *catâ ; Leg.* 33, *p.* 3, ff. h. t. ; *Leg.* 33, ff. *De novat.*"

22. Les donations immodérées [*supra legis modum*] étaient sujettes à réduction : " *Intra modum legis.* V. *Leg.* 34, Cod. *De* " *donationibus ;* L. 36, *eodem* (pour les donations non insinuées, " qui excédaient le taux auquel elles étaient dispensées de " l'insinuation). *V.* pareillement *Leg.* 21, *p.* 1, h. t. *V.* enfin *Tes-* " *tament, Inofficiosité*, No. 42.

23. " Nous ne pouvons donner que ce qui nous appartient, " à moins que le vrai propriétaire n'y consente ; en effet, " *donari non potest, nisi quod ejus sit cui donatur :* pour qu'il " y ait une véritable donation, il faut que le donataire de- " vienne propriétaire de la chose donnée, *Leg.* 9, *p.* 3, ff. h. t. ; " *Leg.* 14, *Cod.* h. t. Or, le donataire ne peut devenir proprié- " taire qu'autant que le donateur, ou celui qui a consenti à la " donation, était lui-même propriétaire.

" Cependant s'il y a eu tradition, la donation sera pour le " donataire un titre qui, joint à la possession, lui profitera " pour prescrire. *Inst. in princ. De usucapionibus*, etc. *V.* au " surplus le No. 20 ci-dessus. (Il en est de même dans la " vente.)

---

797. Le donataire universel entrevifs des biens présents est tenu personnellement de la totalité des dettes que le donateur devait lors de la donation.

Le donataire entrevifs de ces biens à titre universel est tenu personnellement des mêmes dettes en proportion de ce qu'il reçoit.

797. A universal donee *inter vivos* of present property is personally liable for all the debts due by the donor at the time of the gift.

A donee by general title *inter vivos* of such property is personally liable for such debts in proportion to what he receives.

Voy. autorités sur art. 780.

* *C. de Paris, art.* 334. } Et quand ils succèdent les uns aux meubles, acquêts et conquêts, les autres aux propres ; ou qu'ils sont donataires ou légataires universels, ils sont tenus entre eux contribuer au paiement des dettes, chacun pour telle part et portion qu'ils en amendent. En quoi ne sont compris les aînés en ligne directe, lesquels ne sont tenus des dettes personnelles en plus que les autres co-héritiers, pour le regard de leur dite aînesse.

---

* 2 *Bourjon, Don., Tit.* 4, *ch.* 3. } 1. Le donataire à titre particulier n'est tenu d'aucune des dettes du donateur ; ce qui s'entend personnellement, sauf contre lui l'effet de l'hypothèque ; ce qui forme la proposition qui suit, et la garantie qu'elle ouvre en sa faveur ; ce qu'on verra ci-après.

Voyez les art. 332 et 334 de la Coutume ; tel est l'usage du Châtelet, quant aux donataires particuliers, et c'est droit commun.

2. Cependant si les biens à lui donnés sont hypothéqués aux créanciers du donateur, par exemple, si le bien donné est un immeuble, le donataire en ce cas, quoique donataire particulier, peut être, comme tout autre, possesseur du gage poursuivi en déclaration d'hypothèque ; la seule détemption du gage l'assujettissant à cette poursuite.

Voyez le titre de l'Action en déclaration d'hypothèque, où cela est établi ; l'art. 101 de la Coutume, et cela est incontestablement pratiqué au Châtelet.

3. Mais en ce cas le donataire a son recours contre le donateur, qui est obligé de le faire jouir ; ce qui ne s'entend qu'autant que ce dernier peut satisfaire à l'engagement résultant de la donation par lui faite, sans tomber dans l'indigence, parce que si le donataire voulait porter l'exercice de son action en garantie au-delà, il contreviendrait au premier engagement qui résulte contre lui de la donation, qui est d'être reconnaissant envers son bienfaiteur, et au lieu de l'être, il deviendrait son persécuteur.

La limitation à cette garantie a été ci-dessus établie, et elle résulte de l'engagement que contracte le donataire par l'acceptation de la donation.

4. Cependant certains donateurs sont tenus des dettes. En effet, les donataires de tous les biens présens sont tenus de toutes les dettes que les donateurs ont contractées antérieurement à la donation ; mais non des dettes postérieures. C'est l'engagement naturel qui naît de leur qualité.

Voyez M. Ricard, et l'art. 334 de la Coutume, qui fonde la proposition.

5. Pour cela il faut que les titres constitutifs des dettes ayent une date certaine, parce que le donateur, maître de sa main, pourrait par des billets auxquels il pourrait donner telle date qu'il voudrait, anéantir la donation ; ce qu'on ne peut admettre, puisque cela serait contraire à l'irrévocabilité de la donation.

Telle est sur ce la Jurisprudence du Châtelet, qui ne donne à tels écrits de date que du jour qu'ils ont paru en Justice.

6. Les donataires de tous biens présens et à venir sont tenus indistinctement de toutes les dettes, dans le cas qu'une telle donation est valable, sauf la limitation qui suit.

Cela est établi sur le Traité des Actions, et résulte de la quatrième proposition de ce Chapitre.

7. Cependant ils s'affranchissent des dettes postérieures à la donation, en déclarant qu'ils s'en tiennent aux biens qui appartenaient au donateur lors de la donation, lorsque par la faveur du titre qui contient une telle donation, elle est non-seulement valable en elle-même, mais encore qu'ils peuvent faire une pareille division ; car dans la thèse générale, outre que telle division n'est pas admissible, telle donation est même nulle pour le tout.

Voyez ci-dessus, où ce droit de division a été établi dans le cas que la faveur du contrat soutient une telle donation : c'est par la section sixième du Chapitre troisième de la troisième partie ci-dessus.

8. Mais les donataires ont un privilège. En effet, les donataires, tels qu'ils puissent être, ne sont point tenus des dettes au-delà de l'émolument ; il serait contre la nature du bienfait qu'il fût onéreux à celui qui l'a reçu. L'acte même leur pro-

cure donc cette limitation à l'engagement ou charge qui naissent de leur qualité.

Arrêt du 26 Mars 1626, rapporté dans le premier volume du Journal des Audiences, liv. 1, ch. 104, mais il faut pour cela une forme qui est expliquée par la proposition qui suit.

9. Pour cela, c'est-à-dire, pour limiter l'action personnelle, qui n'a lieu contre eux que jusqu'à concurrence de leur amendement seulement, les donataires universels (puisque c'est sur eux seuls que la charge des dettes peut tomber) sont tenus, comme les héritiers institués, de faire inventaire, lui seul pouvant fixer leur amendement ; sans cela ils seraient tenus indistinctement.

Voyez ci-dessus le titre des Institutions d'héritiers ; et M. Ricard, sur les Dispositions conditionnelles, et le même Auteur, tom. 1, de ses Œuvres, page 767, et en ce cas on juge au Châtelet qu'ils ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur amendement, mais pour le tout, faute d'inventaire.

---

* 4 *Troplong*, *Don.*, *No.* 2415. } 2415. Ici se présente la question de savoir si, chargé de payer les dettes, le donataire qui recueille la donation cumulativement et sans division, en est tenu *ultra vires*, ou seulement *intra vires bonorum*.

Cette question est une des plus délicates de notre sujet.

Dans notre ancien droit, l'institué contractuel et le donataire de biens présents et à venir présentaient entre eux, sous ce rapport, des différences essentielles. Le premier était, comme un héritier *ab intestat*, ou comme l'héritier institué par testament dans le droit romain, le représentant, le continuateur de la personne du défunt, et par suite obligé indéfiniment au payement de dettes. " L'institution contractuelle, " nous dit Pothier, a les mêmes effets que l'institution testa-" mentaire dans les provinces où elle est admise. C'est pour-" quoi...l'institué...succède, de même que tout autre héritier, " en tous les droits actifs et passifs du défunt, et par consé-

" quent il est tenu des dettes de la succession même *ultra* " *vires*, s'il n'a pas eu recours au bénéfice d'inventaire."

Il n'en était pas de même du donataire universel de biens présents et à venir. Le donataire de biens présents et à venir, n'étant qu'un simple successeur appelé à recueillir une masse de biens et non pas un héritier proprement dit, n'était tenu des dettes qu'en vertu de la maxime *quem sequuntur commoda, sequuntur et incommoda*, ou bien encore parce que les biens auxquels il a droit ne se prennent que *deducto ære alieno.* Il ne contribuait donc aux dettes que *pro rata emolumenti.* Quoique le donataire fût comparé souvent à l'héritier et qu'on dit de lui qu'il était *loco hæredis*, on se gardait bien de l'assimiler entièrement à un héritier. Sous l'ancien droit coutumier, il n'y avait que Dieu qui pût faire un héritier, si ce n'est en institution contractuelle. Le légataire universel lui-même ne représentait pas le défunt, et dans les pays de droit écrit, où l'on était si attaché aux prérogatives du testament, jamais on n'aurait pu comprendre et admettre qu'un acte de donation pût faire un héritier. Le donataire universel, n'étant donc ni héritier direct, ni héritier utile, n'était pas obligé personnellement, mais seulement à raison des biens qu'il appréhendait. C'est pourquoi l'art. 334 de la coutume de Paris déclarait que les donataires universels n'étaient tenus des dettes que chacun pour " telle part ou portion qu'ils en amendaient."

Il résultait de là deux conséquences : l'une que le donataire de biens présents et à venir n'avait pas besoin de se faire délivrer des lettres de bénéfice d'inventaire pour ne pas être tenu *ultra vires ;* l'héritier seul, qui représentait le défunt et soutenait sa personne, avait besoin de ces lettres de chancellerie ; il suffisait que le donataire eût fait dresser un inventaire des biens dont il entrait en possession. M. le premier président du parlement de Paris, à la suite d'un arrêt du 28 mai 1626 " avertit les avocats de ne plus donner avis aux légataires et donataires universels d'obtenir lettres en chancellerie pour accepter un don universel par bénéfice d'inventaire, et que l'inventaire, bien et dûment fait, suffisait,

" conformément aux conclusions de M. l'avocat général Talon, " qui remontra que les lettres de bénéfice d'inventaire n'étaient " point nécessaires en cette rencontre, d'autant que *possessio de- " functi non transit functa in legatarium, vel donatarium ;* qu'il " n'y avait point de confusion d'immeubles, ni de patrimoines, " et par conséquent que le bénéfice d'inventaire était inutile."

La seconde conséquence était que le donataire universel, n'étant tenu des dettes du défunt qu'à raison de la possession qu'il avait prise des biens de ce dernier, pouvait se soustraire à l'action des créanciers, en leur abandonnant les biens donnés qui étaient leur gage exclusif. Les témoignages les plus constants existent sur ce point dans l'ancien droit. Chorier faisait remarquer en effet que le donataire universel *non tenetur actione personali, sed reali et hypothecaria*, de sorte qu'en abandonnant les biens, *liberatur, nec tenetur ultra vires :* c'est pourquoi une donation universelle peut, *etiam post multos annos*, être abandonnée aux créanciers, si le donataire est de bonne foi. Brillon cite, avec Chorier, un arrêt du parlement de Grenoble du 27 août 1661 en faveur de la demoiselle Bonne de Riquebourg, à qui il fut permis de faire inventaire et de discuter judiciairement les biens dépendant de la donation, sauf à elle à supporter les frais de cet inventaire et de cette discussion. On trouve des décisions analogues dans la jurisprudence du parlement de Normandie attestée par Bérault et Basnage, et Pothier n'a fait que résumer la doctrine et les arrêts lorsqu'il a dit : " A l'égard des donataires et légataires " universels... toutes ces personnes ne sont tenues des dettes " que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils succèdent ; " ils peuvent, en les abandonnant, se décharger des dettes. La " raison est que toutes ces personnes ne succèdent point à la " personne du défunt, mais seulement à ses biens ; ils ne sont " tenus des dettes que parce qu'elles sont une charge des " biens ; ils n'en sont point débiteurs personnels : or, c'est un " principe que lorsqu'on n'est tenu de quelque dette qu'à rai- " son d'une chose qu'on possède, on peut s'en décharger en " abandonnant la chose."

Il est vrai qu'il est arrivé à beaucoup de jurisconsultes de comparer la donation universelle, non divisée, à l'institution contractuelle. Je citerai Lebrun entre autres. Mais les analogies n'empêchent pas les différences. et Lebrun lui-même enseigne que, si l'institué contractuel est tenu des dettes personnellement et indéfiniment, le donataire universel n'en est tenu que *pro modo emolumenti* Et comment pourrait-il le décider autrement. en préseuce de l'art. 334 de la Coutume de Paris ?

Tel était donc l'ancien droit.

---

* 1 *Ricard*, *1ère partie*, *No.* 1062-1063. } 1062. Les biens d'une succession, ne pouvant être dits tels qu'en payant les dettes. il faut que le donataire ou héritier institué, les acquitte pour jouir de la succession.

1063. Il faut dire la même chose, lorsque la donation est de tous biens présens et à venir ; parce qu'elle ne diffère presque du nom, de l'institution contractuelle d'héritier, comprenant l'une et l'autre les mêmes biens ; de sorte qu'elles doivent être sujettes aux mêmes règles, cette résolution doit aussi avoir lieu à proportion, quand l'institution ou la donation de biens présens et à venir, sont faites *per modam quotæ :* les charges devant être proportionnées à l'émolument.

Ibidem, 3e *partie*, *No.* 1514 *et s.* } 1514. Il faut pourtant reconnaître que la disposition de cet article 334 de la Coutume de Paris est contraire à l'esprit du Droit Romain, en ce qu'il ordonne que les légataires et les donataires universels, sont tenus des dettes concurremment avec l'héritier ; ce qui introduit contr'eux une espèce d'action personnelle, puisqu'en vertu de cette disposition ils peuvent être convenus directement et personnellement par les créanciers ; au lieu que par le Droit Civil l'action dont ils étaient tenus, était purement réelle et attaché à la chose : de sorte que les créanciers ne pouvaient pas agir contr'eux directement ; ce qui était beaucoup plus conforme au principe de cette obligation ; d'autant

que le titre des légataires et des donataires universels, ne les oblige pas précisément aux dettes, et ils n'en sont tenus qu'indirectement : parce que l'héritier a droit de retenir sur la portion qui leur a été léguée, ce qui a été nécessaire pour acquitter les dettes, eu égard au patrimoine du défunt en général, en conséquence de ce que nous avons posé pour fondement, que le legs universel n'est censé contenir que ce qui reste, les dettes réglées sur tous les biens.

1515. Il ne faut pas que l'on m'objecte au contraire les textes de quelques Loix qui égalent les successeurs universels aux héritiers. *Hi qui in universum jus succedunt, hæredum loco habentur, l. in pari* 28 *D. de regul. jur. l. hæredis appellatione* 170. *D. de verbor. signif. et ll.* 1. 2. *et* 3. *D. de bon. possess.* d'autant que les donataires ni les légataires universels ne peuvent pas porter ce titre de successeurs, non plus dans notre Droit que par le Romain : Par l'un aussi bien que par l'autre, tout leur droit se réduit en action ; c'est l'héritier qui succède au défunt, et qui est saisi de tous les biens de la succession ; et le légataire quoiqu'universel, n'y peut rien prétendre, principalement parmi nous, qu'en lui demandant la délivrance. Et de fait, le Droit Romain a bien sçû faire différence au sujet même de notre question particulière, et pour ce qui concerne les dettes : Le fisc auquel la Loy a adjugé une portion dans les biens du condamné, les prend directement et de plein droit en vertu de la Loy, sans rien emprunter de l'héritier, et en ce point il passe pour un successeur universel, en conséquence de quoi la Loy donne au créancier du défunt, une action directe contre lui, de même que contre l'héritier : *Tutoris tui lege Julia de vi privata damnati, si tertia pars bonorum fisco vendicata est, tutelæ actionem pro ea portione adversus fiscum dirige : nam successio pro oneribus portionis suæ respondet, l.* 2. *C. ad leg. Juliam, de vi publ. vel privata :* mais à l'égard des donataires et des légataires qui ne prennent rien que par les mains du donateur ou de son héritier, la Loy en décide tout autrement : *mulier bona sua omnia in dotem dedit : quæro an maritus quasi hæres omnibus creditoribus hæreditariis respon-*

dere cogatur ? Paulus respondi, cum quidem, qui iota ex promissione dotis mulieris retinuit, à creditoribus ejus conveniri non posse : sed non plus esse in promissionibus bonorum, quàm quod superest deducto ære alieno, l. mulier bona, D. de jure dotum, l. 28, *D. de donationib. et l. emptor.* 12. *cum l. seq. D. de aqua pluv. arc.*

1516. Néanmoins comme dans notre Jurisprudence nous ne nous sommes pas arrêtez à la rigueur et aux scrupules des actions du Droit Romain, qui est en effet tout ce que je trouve à redire dans ce Droit, de voir qu'ils étaient tellement attachez à cet enchaînement d'actions, qu'il aimaient mieux souffrir des absurdités apparentes, plutôt que d'innover dans cet ordre par un juste changement, je crois que les Rédacteurs de la Coutume de Paris ont eu raison d'introduire la disposition de cet article conformément à ce qu'ils ont fait, et de faire que les légataires et les donataires universels, puissent être directement convenus par les créanciers, en leur donnant leur portion entière, sans déduction ni retention de la part de l'héritier de ce qu'il convient pour acquitter leur part des dettes, comme il faudrait faire dans la rigueur ; d'autant qu'il arrive souvent que les dettes ne sont pas liquidées, et qu'il survient des créanciers trente, quarante et cinquante ans après la mort du défunt, qui étaient inconnus au jour que la succession est échue ; de sorte que d'en user autrement, et de laisser à l'héritier la voye de la déduction, en ne permettant d'un autre côté aux créanciers que d'agir contre lui, c'est souffrir des circuits et des recours infinis, qui s'exécutent avec plus de facilité suivant l'ordre établi par la Coutume de Paris, que nous avons par conséquent raison de suivre dans les autres Coutumes, qui ne contiennent pas une semblable disposition, comme une Jurisprudence universelle de notre droit français.

1517. Au surplus quoique notre Jurisprudence par une espèce d'équité, aye confondu en quelque chose ces actions différentes, cette indulgence ne doit pas faire préjudice à ce qui concerne le fond de la matière : car autrement notre facilité nous serait beaucoup plus préjudiciable que la rigueur

du Droit Romain : Tellement que la véritable obligation dont les légataires et les donataires universels sont tenus, ne résultant que de la chose, l'action personnelle que nous donnons aux créanciers contr'eux n'étant qu'indirecte, *personalis in rem*, ou plutôt *ob rem*, il s'ensuit qu'il ne peuvent être tenus des dettes, que jusques à concurrence de ce qu'ils profitent des biens du défunt, et que si-tôt qu'ils en sont évincez, ou qu'ils les ont abandonnez volontairement, l'action que les créanciers avaient contr'eux, cesse absolument : aussi cette doctrine ne reçoit-elle pas de doute dans notre usage.

---

* 7 *N. Deniz.*, *Vo. Don.*, *p.* 11 *et s.* } 1. Pour répondre exactement à cette question, il faut distinguer la donation universelle et la donation de choses particulières.

Lorsque la donation est universelle, alors nulle raison de distinguer si la donation est entre-vifs, testamentaire ou à cause de mort. Dans ces trois sortes de donations, le donataire universel est, comme tout autre successeur universel, tenu d'acquitter toutes les dettes que doit supporter l'universalité à laquelle il succède.

Le donataire universel des biens présens est chargé d'acquitter toutes les dettes existantes au moment de la donation.

Le donataire universel des biens qui existeront au moment du décès, est chargé de toutes les dettes qui existeront alors. Il en est de même du donataire des biens présens et à venir; ayant tout l'actif, il doit supporter tout le passif.

La réserve que fait le donateur universel de quelques objets particuliers comme non compris dans sa donation, n'empêche pas qu'elle ne soit universelle, et que le donataire ne soit tenu de l'universalité des dettes du donateur. C'est l'un des points jugés par l'arrêt rendu en la quatrième chambre des enquêtes au rapport de M. Bertaut, le 12 mars 1686, et rapporté au Journal du palais. Le sieur de Chaumont donataire universel de tous les biens de son épouse, à l'exception d'une somme de soixante mille livres que la donatrice s'était réservée, voulait

obliger les héritiers de la défunte à contribuer aux dettes à proportion des soixante mille livres. Par l'arrêt il fut condamné à payer la totalité des dettes.

2. Le donataire universel d'une espèce particulière de biens est tenu des dettes que doit supporter l'espèce de biens qui lui est donnée à titre universel.

Dans les coutumes où les meubles supportent toutes les dettes mobiliaires, le donataire universel des meubles présens payera la totalité des dettes mobiliaires existantes au moment de la donation. Le donataire universel des meubles existans au moment du décès, payera la totalité des dettes mobiliaires existantes au moment du décès. Ce dernier principe a été le motif des offres, dont a été donné acte par l'arrêt dont le dis positif est rapporté au mot *Don mutuel*, § I, *No.* 8, *tom.* 6, *pag.* 717.

A Paris, au contraire, où les dettes mobiliaires se partagent entre les différens successeurs universels à proportion de l'émolument, le donataire universel des meubles présens contribuera à toutes les dettes mobiliaires et immobiliaires existantes au moment de la donation, dans la proportion que les meubles présens avaient alors avec la totalité de l'actif de la fortune présente du donateur. Pareillement le donataire universel des meubles existans au moment du décès, contribuera à toutes les dettes mobiliaires et immobiliaires du défunt, créées avant ou depuis la donation, dans la proportion que les meubles délaissés par le donateur auront avec la totalité de son actif. Si les meubles valent le tiers ou le quart de la succession, le donataire payera le tiers ou le quart de toutes les dettes.

3. Quand et de quelle manière les donataires particuliers entre-vifs sont-ils tenus des dettes du donateur ?

Les dettes du donateur, qui existent au moment de la donation, peuvent se partager, par rapport aux biens donnés, en quatre classes : dettes purement personnelles, dettes qui forment une charge réelle du bien donné, dettes purement hypothécaires sur les biens donnés, dettes mixtes qui sont tout à

la fois et personnelles contre le donateur, et hypothécaires sur les biens donnés.

1o. Le donataire particulier n'est point tenu d'acquitter les dettes personnelles du donateur, à moins qu'il ne s'y soit engagé par une convention expresse de payer telle ou telle dette.

2o. Il est entièrement tenu des charges foncières qui diminuent d'autant la substance du bien donné. " Les donataires sont tenus porter toutes rentes foncières et seigneuriales et autres charges réelles dues, à raison des choses à eux données, encore qu'il n'en fût fait mention en la donation, sans qu'ils en puissent demander récompense aux héritiers du donateur " : *Normandie*, *art.* 442.

3o. Les dettes purement hypothécaires sur les biens donnés, et dont le donateur n'était point tenu personnellement, suivent les héritages en quelques mains qu'ils passent : elles sont dettes du bien et non de la personne. Le donateur n'en était tenu qu'à raison du bien qu'il possédait : ayant cessé de le posséder, il ne les doit plus. Ayant donné le bien grevé à titre gratuit, il l'a donné tel qu'il le possédait, avec la charge de payer ces dettes purement hypothécaires, qui diminuaient d'autant en ses mains la valeur du bien donné ; et si son donataire est inquiété par rapport aux mêmes dettes, il ne lui en doit aucun dédommagement.

4o Quant aux dettes mixtes qui, sans être charges réelles du bien donné, sont tout à la fois et dettes personnelles du donateur et dettes hypothécaires sur le bien donné, le donataire particulier, à couvert de l'action personnelle des créanciers de son donateur, peut être inquiété par l'action hypothécaire comme tout détempteur d'un héritage hypothéqué. Lorsque sur la demande en déclaration d'hypothèque formée par un créancier, qu'il ne s'est pas expressément chargé de payer, il se trouve contraint de délaisser l'héritage à lui donné entre-vifs, ou d'acquitter la dette pour s'en conserver la propriété et jouissance, alors il a contre son donateur le recours qui appartient à tous ceux qui, par l'action hypothécaire, se trouvent forcés d'acquitter les dettes d'autrui. Le donateur,

en transférant la propriété de l'héritage, n'a plus été tenu hypothécairement sur l'héritage par lui donné, mais il n'a pas cessé d'être débiteur principal et personnel. N'ayant pas chargé expressément son donataire d'acquitter cette dette, le donateur a entendu lui transférer l'héritage franc de la même dette, et s'engager envers lui à l'acquitter lui-même de telle manière qu'il n'en fût pas inquiété.

6. Quoique le donataire particulier ne soit pas tenu d'acquitter les dettes de son donateur, dont il ne s'est pas chargé par une convention expresse, néanmoins si, au temps de la donation entre-vifs, le donateur savait ou devait savoir qu'il n'était pas solvable, ou que par la donation il ne lui resterait pas alors de quoi satisfaire ses créanciers, ceux-ci, en fraude desquels la donation se trouverait avoir été faite, pourraient la faire révoquer par l'action *Paulienne.* Ce principe du droit romain est admis parmi nous ; il est fondé sur l'équité qui ne permet pas qu'on puisse gratifier un tiers au préjudice de ses créanciers.

La donation ne fait aucun tort aux créanciers particuliers qui ont contracté avec leur débiteur dans un temps où il ne possédait plus l'objet donné : ainsi ils ne peuvent intenter l'action paulienne, laquelle ne peut être intentée que par ceux dont les créances existaient au moment de la donation.

7. Les créanciers antérieurs à la donation sont tous admis au bénéfice de l'action paulienne, sans examiner s'ils sont chirographaires ou hypothécaires. La qualité de créancier suffit pour intenter cette action révocatoire ; elle est utile à tous créanciers antérieurs pour faire annuller la donation de choses mobiliaires.

Quant aux donations d'immeubles, les créanciers antérieurs peuvent être distribués en trois classes : créanciers non hypothécaires, créanciers dont l'hypothèque est postérieure à la donation, quoique la créance soit antérieure, et créanciers dont l'hypothèque est antérieure à la donation. L'action paulienne est utile aux créanciers des deux premières classes pour faire révoquer la donation d'un immeuble ; mais elle est inu-

tile aux créanciers de la troisième classe, qui, sans débattre la donation, peuvent exercer leur hypothèque sur les biens donnés.

Les créanciers du donateur ont le droit de faire révoquer la donation entre-vifs faite à leur préjudice, quand même le donataire n'aurait pas eu connaissance de la fraude du donateur : *Leg.* 6, § 2, *ff*, *quæ in fr. cred.* En cela les donataires sont différens de ceux qui acquièrent à titre onéreux ; lesquels ne sont sujets à cette action que lorsqu'ils ont participé à la fraude.

Voy. C. C. B. C., art. 803.

---

798. Cependant le donataire à quelque titre que ce soit, si les choses données sont suffisamment désignées en détail par la donation, ou s'il a fait inventaire, peut se libérer des dettes du donateur en rendant compte et en abandonnant la totalité de ce qu'il a reçu.

S'il est poursuivi hypothécairement seulement, il peut comme tout autre possesseur, se libérer en abandonnant l'immeuble hypothéqué, sans préjudice aux droits du donateur envers qui il peut être obligé au paiement.

798. Nevertheless the donee, by whatsoever title, may, if the things given be sufficiently particularized in the gift, or if he have made an inventory, free himself from the debts of the donor by rendering an account and giving up all that he has received.

If he be sued hypothecarily only, he may, like any other possessor, free himself by abandoning the immoveable hypothecated, without prejudice to the rights of the donor, towards whom he may be bound to make the payment.

Voy. autorités sur arts. 796-797.

799. Le donataire entre-vifs à titre particulier n'est pas astreint personnellement aux dettes du donateur. Il peut, dans le cas de poursuite hypothécaire, abandonner l'immeuble affecté, comme tout autre acquéreur.

799. A donee by particular title *inter vivos* is not personally liable for the debts of the donor. In case of an hypothecary action he may abandon the immoveable charged, like any other purchaser.

Voy. autorités sur arts. 796-797.

---

800. L'obligation de payer les dettes du donateur peut être modifiée en plus ou en moins par l'acte de donation, pourvu qu'il ne contrevienne pas aux prohibitions de la loi quant aux dettes futures et incertaines.

L'action du créancier en ce cas, contre le donataire personnellement au-delà de ce qui est fixé par la loi, se règle d'après ce qui est établi au sujet de la délégation et de l'indication de paiement au titre *Des Obligations.*

800. The obligation to pay the debts of the donor may be extended or limited by the deed of gift, subject to the legal prohibitions concerning future and uncertain debts.

The right of the creditor in such case against the donee personally, beyond that which results from the law, is governed by the rules set forth as to delegation and indication in matters of payment in the title *Of Obligations.*

Voy. autorités sur arts. 784-796-797.

* 1 *Ricard, Don.*, *1ère partie,* *No.* 1028. } 1028. En effet, il n'y a rien de plus contraire à l'irrévocabilité, et à la certitude requises, pour rendre valable une donation entre-vifs, que la liberté d'en pouvoir disposer par le donateur, et la réduire à néant par la création d'autant de dettes qu'il lui plaira, et que le donataire est tenu d'acquitter, suivant la stipulation du contrat. Et n'est-ce pas une véritable marque de la donation à cause de mort, que de ne vouloir pas quitter absolument par le donateur, la faculté de disposer de la propriété de la chose donnée, et de ne s'en pas dépouiller aussi bien que ses héritiers ?

---

801. L'exception de choses particulières, quels qu'en soient le nombre et la valeur, dans une donation universelle ou à titre universel, ne dispense pas le donataire du paiement des dettes.

801. The exception of particular things, whatever may be their number or value, in a universal gift or a gift by general title, does not exonerate the donee from payment of the debts.

Voy. autorités sur art. 797.

---

802. Les créanciers du donateur ont droit à la séparation de son patrimoine d'avec celui du donataire, dans les cas où celui-ci est tenu de la dette, suivant les règles sur la séparation de patrimoines en matière de successions, exposées au titre précédent.

802. The creditors of the donor have a right to demand the separation of his property from that of the donee, whenever the latter is liable for the debt, according to the rules laid down in the preceding title as to such separations in matters of succession.

Voy. C. C. B. C., arts. 743-744-1990.

803. Si au temps de la donation et distraction faite des choses données le donateur n'était pas solvable, les créanciers antérieurs, hypothécaires ou non, peuvent la faire révoquer quand même l'insolvabilité n'aurait pas été connue du donateur.

Dans le cas de faillite, les donations faites par le failli dans les trois mois qui précèdent la cession ou le bref de saisi en liquidation forcée sont annulables comme présumées faites en fraude.

803. If at the time of the gift, and deduction being made of the things given, the donor were insolvent, the previous creditors, whether their claims are hypothecary or not, may obtain the revocation of the gift, even though the donee were ignorant of the insolvency.

In the case of insolvent traders, gifts made by them within three months previous to the assignment, or the writ of attachment in compulsory liquidation, are voidable, as presumed to be fraudulent.

Voy. C. C. B. C., art. 1032 et suiv.

Voy. autorités sur arts. 774-797.

SECTION IV.

DE L'ENREGISTREMENT QUANT AUX DONATIONS ENTREVIFS EN PARTICULIER.

804. L'enregistrement des donations entrevifs aux bureaux établis pour l'enregistrement des droits

SECTION IV.

OF REGISTRATION AS REGARDS GIFTS INTER VIVOS IN PARTICULAR.

804. Registration of gifts *inter vivos* in the offices established for the registration of real rights, takes

réels, remplace l'insinuation aux greffes des tribunaux qui est abolie.

Les donations d'immeubles doivent être enregistrées au bureau de leur situation ; celles des choses mobilières doivent l'être au bureau du domicile du donateur, à l'époque de la donation.

the place of the inscription in the offices of the courts which is abolished.

Gifts of immoveables must be registered in the office of the division in which they are situate ; gifts of moveable property, in the office of the division where the donor resided at the time of the gift.

---

* *S. R. B. C., ch.* 37, *ss.* 28, 29. } 28. Toute donation entrevifs de meubles et effets, sujette à l'insinuation, ou d'immeubles dans le Bas-Canada, sera censée et considérée comme étant dûment enregistrée et insinuée, pourvu qu'elle soit enregistrée par sommaire ou tout au long, dans le bureau d'enregistrement du comté ou division d'enregistrement dans laquelle les dits immeubles ainsi donnés sont situés, ou s'il n'est donné aucun immeuble par la dite donation, alors elle sera enregistrée dans le bureau d'enregistrement du comté ou division d'enregistrement dans laquelle le donateur est désigné dans la donation comme résidant, lors de son exécution,—ou si les immeubles donnés sont situés dans deux ou un plus grand nombre de comtés ou divisions d'enregistrement, alors la donation sera enregistrée dans le bureau d'enregistrement de chacun des dits comtés ou divisions d'enregistrement ; pourvu toujours que dans ce dernier cas, l'enregistrement de toute telle donation dans le bureau ou les bureaux d'enregistrement de l'un ou de plusieurs des dits comtés ou divisions d'enregistrement, sera considéré comme valide et efficace, quant aux immeubles donnés par icelle et situés dans tel comté ou division d'enregistrement, bien qu'elle soit nulle et de nul effet, faute d'enregistrement, quant aux immeubles situés dans un autre comté ou division d'en-

registrement ; mais nulle donation entrevifs ainsi enregistrée comme susdit, ne sera nulle ou de nul effet, faute d'avoir été aussi enregistrée dans le lieu et en la manière prescrite par les lois en force dans le Bas-Canada, lors de la passation de l'ordonnance 4 V. c. 30 ; pourvu que rien de contenu dans cette section ne sera censé préjudicier aux droits acquis par des tiers avant l'époque où ses dispositions ont pris force de loi 4 V. c. 30, s. 33,—14, 15 V. c. 93, s. 4.

29. L'enregistrement des actes, donations et testaments portant substitution, fait dans les bureaux d'enregistrement dans la circonscription desquels les immeubles substitués sont situés, (et dans le cas de substitution créée par acte de donation à cause de mort, si le domicile du testateur est situé dans les limites d'une division d'enregistrement différente de celle où les biens substitués se trouvent, un nouvel enregistrement dans le bureau d'enregistrement dans la circonscription duquel était situé le domicile du testateur,) équivaudra et est substitué à toutes fins de droit, à l'insinuation dans les régistres des cours, accompagnée de lecture et publication, cour tenante, et telle insinuation, lecture et publication sont abolies :

2. Les délais fixés pour l'enregistrement seront les mêmes que ceux qui étaient établis pour l'insinuation et la publication en cour, immédiatement avant la passation de l'acte 18 V. c. 101. 18 V. c. 101, s. 2.

---

* *Ord. de Villiers-Costerets*, *Frs. I*, 1539, *art.* 132 (1 *Neron*, *p.* 236). } Nous voulons que toutes donations qui seront faites ci après, par et entre nos sujets, soient insinuées et enregistrées en nos Cours et juridictions ordinaires des parties et des choses données, autrement seront réputées nulles, et ne commenceront à avoir leur effet du jour de la dite insinuation, et ce quant aux donations faites en la présence des donataires et par eux acceptées.

[ARTICLE 804.]

* *Ord. de Moulins, Chs. IX, Fév.* 1566, *art.* 58. (*Neron, p.* 477). } Et pour oster à l'avenir toutes occasions de fraudes et de doutes qui pourraient êtres mues entre nos sujets pour l'insinuation des donations qui seront ci-après faites, avons ordonné que d'oresnavant toutes donations faites entre-vifs, mutuelles, réciproques, onéreuses, en faveur de mariages et autres, de quelque forme et qualité qu'elles soient faites entre-vifs, comme dit est, seront insinuées à Greffes de nos Siéges ordinaires de l'assiette des choses données, et de la demeurance des parties dans quatre mois, à compter du jour et datte d'icelles donations, pour le regard des biens et personnes, et dans six mois, pour ceux qui seront hors de notre Royaume. Autrement et à faute de la dite insinuation, seront et demeureront les dites donations nulles et de nul effet et valeur, tant en faveur du créancier, que de l'héritier du donnant. Et si dedans le dit temps le dit donnant ou donataire décédait, pourra néanmoins la dite insinuation estre faite dans le dit temps, à compter du jour du dit contrat comme dessus, sans que cette présente Ordonnance fasse aucun préjudice aux donations ci-devant faites, et droits acquis à nos sujets à cause d'icelles, ni aux instances mues et à mouvoir pour ce regard.

---

* *Ord. des Don. de* 1731 (*Louis XV*) *art.* 23. } Dans tous les cas où l'insinuation est nécessaire à peine de nullité, les donations d'immeubles réels, ou de ceux qui, sans être réels ont une assiette selon les loix, coutumes et usages des lieux, et ne suivent pas la personne du donateur, seront insinuées, sous ladite peine de nullité, aux greffes des bailliages et sénéchaussées royales, ou autre siége royal ressortissant, nuement en nos cours, tant du domicile du donateur, que du lieu dans lequel les biens donnés sont situés et ont leur assiette ; et à l'égard de donations de choses mobiliaires, même des immobiliaires qui n'ont point d'assiette, et suivent la personne, l'insinuation s'en fera seulement au greffe du bailliage ou séné-

chaussée royale, ou autre siége royal ressortissant, nuement en nos cours, du domicile du donateur. Défendons de faire aucunes insinuations dans d'autres jurisdictions royales, ou dans les justices seigneuriales, même dans celle des pairies ; et en cas que le donateur y ait son domicile, ou que les biens donnés y soient situés, l'insinuation sera faite au greffe du siége qui a la connaissance des cas royaux dans le lieu dudit domicile ou de la situation des biens donnés, le tout à peine de nullité.

---

805. Les effets de l'enregistrement des donations entrevifs et du défaut de cet enregistrement, quant aux immeubles et aux droits réels, sont réglés par les lois générales sur l'enregistrement des droits réels.

En outre l'enregistrement des donations est requis particulièrement dans l'intérêt des héritiers et légataires du donateur, de ses créanciers et de tous autres intéressés, d'après les règles qui vont suivre.

805. The effect of the registration of gifts *inter vivos* and of the neglect of such registration, is regulated, as to immoveables and real rights, by the general laws concerning the registration of such rights.

Beyond this the registration of gifts is required particularly in the interest of the heirs and the legatees of the donor, his creditors and all others interested, according to the following rules.

---

* *S. R. B. C., ch.* 37, *s.* 1. } 1. Tout titre ou instrument par écrit fait et passé après le trente-et-unième jour de décembre de l'année mil huit cent quarante-et-un,— tout testament fait par une personne décédée après le dit jour,— tout jugement, acte ou procédure judiciaire, reconnaissance, nomination de tuteur ou de gardien à des mineurs

ou de curateur à une personne interdite,—et tout droit, réclamation et charge privilégiée et hypothécaire, quelle que soit son origine, et qu'il soit créé par la simple opération de la loi ou autrement, qui aura été consenti, fait, acquis ou obtenu après le dit jour, à raison ou au moyen duquel toute terre ou immeuble dans le Bas-Canada est aliéné, transporté, légué, hypothéqué, grevé ou affecté,—pourra être enregistré tel que prescrit ci-dessous :

2. Et chaque tel titre, instrument par écrit, jugement, acte ou procédure judiciaire, droit, reconnaissance, réclamation et charge privilégiée et hypothécaire, n'aura aucune force, et sera nul et de nul effet à l'égard de tout subséquent acquéreur *bonâ fide*, donataire, créancier privilégié ou hypothécaire, pour valable considération, à moins qu'il n'ait été enregistré avant l'enregistrement du titre, instrument par écrit, jugement, acte ou procédure judiciaire, reconnaissance, droit, réclamation ou charge privilégiée ou hypothécaire, sur lequel tel subséquent acquéreur, donataire ou créancier privilégié ou hypothécaire fonde sa réclamation ;

3. Et tout legs par testament n'aura aucune force et sera nul et de nul effet comme susdit, à l'égard de tout subséquent acquéreur, donataire, créancier privilégié ou hypothécaire de bonne foi, pour valable considération, à moins que le dit testament n'ait été enregistré en la manière ci-dessous prescrite ;

4. Et toute nomination de tuteur à un mineur ou à des mineurs, ou de curateur à une personne ou à des personnes interdites, ne pourra créer aucune hypothèque ou conférer aucun droit hypothécaire quelconque, et sera nulle et de nul effet comme susdit, à l'égard de tout subséquent acquéreur, donataire ou créancier privilégié ou hypothécaire de bonne foi, pour valable considération, à moins que la dite nomination d'un tuteur ou curateur n'ait été enregistrée tel que ci-dessus prescrit. 4 V. c. 30, s. 1, *partie*.

[ARTICLE 806.]

* *Ord. des Donat.* (1731) *(Louis XV) art.* 27. } Le défaut d'insinuation des donations qui y sont sujettes, à peine de nullité, pourra être opposé, tant par les tiers-acquéreurs et créanciers du donateur, que par ses héritiers, donataires postérieurs, ou légataires, et généralement par tous ceux qui auront intérêt, autres néanmoins que le donateur ; et la disposition du présent article aura lieu, encore que le donateur se fût chargé expressément de faire insinuer la donation, à peine de tous dépens, dommages et intérêts ; laquelle clause sera regardée comme nulle et de nul effet.

---

806. Toutes donations entrevifs, mobilières ou immobilières, même celles rémunératoires, doiven être enregistrées, sauf les exceptions contenues aux deux articles qui suivent. Le donateur personnellement non plus que le donataire ou ses héritiers, ne sont pas recevables à invoquer le défaut d'enregistrement ; ce défaut peut être invoqué par ceux qui y ont droit en vertu des lois générales d'enregistrement, par l'héritier du donateur, par ses légataires universels ou particuliers, par ses créanciers quoique non hypothécaires et même postérieurs et par tous autres qui ont un intérêt à ce que la donation soit nulle.

806. All gifts *inter vivos*, of moveable or immoveable property, even those which are remuneratory, must be registered ; save the exceptions contained in the two following articles. The donor himself cannot set up the want of registration, neither can the donee or his heirs; but it may be set up by any person entitled to do so under the general registry laws, by the heir of the donor, by his universal or his particular legatees, by his creditors, even though they be posterior and not hypothecary, and by all other persons interested in having the gift declared void.

* 2 *Bourjon, p.* 108, *Tit.* 4, *ch.* 5, *s.* 5. } 18. Le donateur ne peut jamais opposer le défaut d'insinuation ; sans elle, et relativement à lui, elle a sa perfection, parce qu'il est lié par l'acceptation, et que l'insinuation n'est qu'une formalité extrinsèque et relative aux créanciers, et aux héritiers, et établie pour eux seulement, et non pour lui ; d'où il résulte évidemment qu'engagé par un contrat parfait et irrévocable de sa nature, il ne peut pour se tirer de son engagement fixé par lui-même, alléguer le défaut de la formalité extrinsèque de l'iesinuation qui lui est totalement étrangère, et établie pour d'autres.

Cela est attesté par M. Duplessis, page 555, et par M. Ricard, des Donations, part. 1, ch. 4. sect. 3, gl. 7, No. 1233, page 277, ce qui est encore suivi au Châtelet, comme suite des Ordonnances.

19. Les créanciers et les héritiers du donateur peuvent l'opposer, c'est pour eux que la Loi l'a établie ; les donataires postérieurs, les légataires, et tous ceux que la donation intéresse, peuvent l'opposer pareillement ; c'est une conséquence subordonnée, qui résulte visiblement du motif et de la sagesse des Ordonnances qui ont assujetti les donations à cette formalité.

Art. 27. de l'Ordonnance de 1731. Voyez M. Ricard, des Donations, part. 1, ch. 4, sect. 3, à la fin de la glose 7, page 281 et 282.

20. La veuve commune peut opposer ce défaut, à celui auquel son mari aurait donné pendant et constant le mariage ; autre conséquence du même principe.

Je l'ai entendu ainsi juger au Parc Civil, et je n'y vois pas de difficulté ; c'est l'esprit des Ordonnances.

21. Mais le tuteur chargé de faire infirmer pour son pupille, ne peut lui opposer le défaut d'insinuation ; en effet, il serait lui-même le garant de sa prétention ; ce qui l'anéantit.

Ce qui a lieu pareillement à l'égard des héritiers du tuteur, puisqu'en cette qualité ils le représentent à titre universel. M. Ricard, des Donations, part. 1, ch. 4, sect. 3, gl. 7, No. 1248. page 280, ce qui est confirmé par l'article 3 de l'Ordonnance de 1731, qui lève toute difficulté sur cela.

* 1 *Ricard, Don.*, 1*ère partie*, No. 1131 *et s.* } 1131. Le second chef auquel nous nous sommes départis du Droit Romain, consiste en ce que par la disposition de droit, la dot et la donation à cause de noces, avaient ce privilège d'être dispensées de l'insinuation, encore qu'elles fussent créées et constituées par une tierce personne autre que les conjoints, et que ceux mêmes qui étaient tenus de les doter, *d. Auth. eo decursum;* au lieu que par notre usage nous ne considérons que la personne du donateur, pour les héritiers et créanciers duquel l'insinuation a été introduite, et nullement en faveur du donataire : Tellement que si une convention matrimoniale est composée d'une chose donnée par un étranger, nous jugeons que la donation est sujette à la rigueur de l'insinuation.

1132. Pour montrer que cette doctrine est fondée sur notre usage, et sur la Jurisprudence des Arrêts de la Cour, je rapporterai les principaux qui sont intervenus à ce sujet. Premièrement il a été jugé au rapport de M. Faye, par Arrêt du 14 Février 1595 qui se trouve entre les Arrêtez de la cinquième Chambre des Enquêtes, qu'une convention, par laquelle les conjoints avaient accordé par leur contrat de mariage, que tous leurs propres entreraient en Communauté, était une espèce de société, et non pas une donation sujette à être insinuée. M. Julien Brodeau, en son Commentaire sur M. Louet, *lettre D. nomb.* 64, fait mention d'un autre Arrêt rendu en l'Audience de la Grand'Chambre, le Jeudi 8 Juillet 1599, par lequel il a pareillement été jugé, que l'ameublissement fait de partie du propre d'une mineure, par son contrat de mariage homologué en Justice, était une convention et non pas une donation sujette à l'Ordonnance, suivant le sentiment de M. René Chopin, *de leg. And. lib.* 2. *part.* 3. *c.* 3. *n.* 21.

1133. Mais lorsque les ameublissemens se sont trouvez disproportionnez, eu égard aux biens et à la qualité des parties, la Cour a jugé qu'ils devaient être plutôt considérez pour des donations déguisées, que pour de simples conventions matrimoniales, et elle les a déclarez nuls faute d'insinuation ; ce

que M. Jean Bacquet, en son Traité des Droits de Justice, *chapitre* 21. *nomb.* 385, autorise de deux Arrêts, l'un sans date, et l'autre du 2 Juillet 1594, ce qui s'arbitre ordinairement au tiers, et si l'ameublissement excède, il passe pour donation.

1134. Il a encore été jugé par Arrêt intervenu en l'Audience de la Grand'Chambre, le Jeudi 22 Février 1601, conformément aux Conclusions de M. l'Avocat Général Servin, qui le rapporte lui-même au chapitre 88 de ses œuvres, que la stipulation portée par le contrat de mariage d'entre le sieur d'Espaux, et Dame Catherine de Pisseleu sa femme, que les conjoints seraient communs en tous biens meubles, et conquêts immeubles, et que tous les meubles appartiendraient au survivant en propriété, et les conquêts moitié en propriété, et moitié en usufruit, devait être exécutée, encore que le contrat n'eût pas été insinué. Mais la donation du tiers des propres et acquêts précédant le second mariage, faite par ladite de Pisseleu, audit sieur d'Espaux son second mari, fut déclarée nulle par le même Arrêt.

1135. Par autre Arrêt du mois de Mars 1582, rapporté par M. Louis Carondas, en ses Réponses, *livre* 8, *chapitre* 70, une convention, en vertu de laquelle la communauté avait été stipulée, à condition que le survivant des deux conjoints aurait tous les conquêts à son profit, a été déclarée valable sans insinuation.

1136. L'Arrêt du 18 May 1602 rapporté par M. Louet, *lettre D*, *nomb.* 64, est encore dans la même espèce, ayant approuvé une semblable convention non insinuée, en vertu de laquelle le survivant demandait tous les meubles de la communauté, déchargez de dettes ; ce qui lui fut adjugé, encore que cette convention eût été qualifiée du nom de donation par le contrat. Nous tenons aussi pour une maxime constante, que quand le mari promet de donner une certaine somme à la femme au lieu de la communauté, ce qui est présentement assez fréquent dans nos contrats de mariage, cette stipulation doit sortir effet, encore qu'elle n'ait pas été accompagnée d'insinuation ; parce que la somme promise n'est pas proprement

une donation, mais le prix de la portion que la femme devait prendre dans la communauté, et qui pouvant être plus grand ou moindre, a été fixé en rejetant sur le mari l'incertitude du bon ou du mauvais évènement.

1137. Mais lorsque les avantages n'ont été que d'une part, et qu'ils se sont trouvez excéder l'ordinaire des conventions matrimoniales, ils ont été jugez sujets à l'Ordonnance. Sur ce fondement, il a été jugé par Arrêt donné en la troisième Chambre des Enquètes, au rapport de M. Larcher, le 14 Août 1573, entre les nommez Ratier et Mammont, que la stipulation que la femme, en cas de survivance, prendrait tous les meubles et acquêts, était nulle faute d'insinuation.

Cet Arrêt de 1573, ayant été vû sur les Registres de la Cour, s'est trouvé du huitième Août audit an, et le contrat de mariage était conçû en termes de donation de tous meubles, et il se voit par l'Arrêt qui contient au long les moyens des parties, que la question agitée était de sçavoir, si cette donation universelle de meubles était sujette à insinuation : mais il est certain qu'une convention de mariage portant, que l'un des conjoints aura une certaine somme pour tout droit de communauté, n'y est pas sujette, comme il a été jugé dans un procès où M. Bizot, Avocat, avait écrit sur un appel du Bailly de Touraine, en la première Chambre des Enquêtes, au rapport de M. le Tonnellier de Breteuil : telle convention n'étant pas jugée extraordinaire, ni une véritable donation, mais plutôt une fixation de la communauté dont le succès est incertain.

1138. Ce fut un des chefs jugés par l'Arrêt du Jeudi 22 Février 1601, dont nous avons fait mention au nombre précédent, ayant cassé en conséquence du défaut d'insinuation, la clause du contrat de mariage, par laquelle il avait été convenu, qu'au mari appartiendrait le tiers des propres et des acquêts que la femme possédait au jour de leur mariage.

1139. Carondas, en ses Réponses, *livre* 10, *resp.* 87, rapporte aussi un Arrêt du 11 Septembre 1601, par lequel il fait voir, que la même doctrine a été suivie au Parlement de Toulouse,

lequel a déclaré nulle une donation, que le mari avait faite à sa femme par leur contrat de mariage, outre l'augment qu'il avait assigné sur ses biens.

Il a été jugé au Parlement de Bordeaux en 1668 que le mari était tenu envers ses enfans, des dommages et intérêts pour le défaut d'insinuation de la donation qu'il avait faite au profit de sa femme, par contrat de mariage, lesquels furent arbitrez à la valeur des choses données. La Peyrere, *lettre I*, *nombre* 28.

Voy. autorités sur art. 804 805 et 807.

---

* *Ord. des Donat.* (1731) *Louis XV*, *arts.* 20-26. } Art. 20. Toutes les autres donations, même les donations rémunératoires ou mutuelles, quand même elles seraient entièrement égales, ou celles qui seraient faites à la charge de services et de fondations, seront insinuées suivant la disposition des ordonnances à peine de nullité.

Art. 26. Lorsque l'insinuation aura été faite dans les délais portés par les ordonnances, même après le décès du donateur ou du donataire, la donation aura son effet du jour de sa date, à l'égard de toutes sortes de personnes : pourra néanmoins être insinuée après lesdits délais, même après le décès du donataire, pourvu que le donateur soit encore vivant, mais elle n'aura effet en ce cas que du jour de l'insinuation.

---

* 6 *Guyot*, *Rép.*, *Vo. Don.*, *p.* 187. } Les Donations de choses mobilières, à quelque somme qu'elles puissent monter, lorsqu'il y a tradition réelle, et celles qui sans tradition n'excèdent pas mille livres une fois payées, ont été exemptées de la peine de nullité pour défaut d'insinuation, par l'article 22 de l'ordonnance des Donations, et par l'article 7 de la déclaration du mois de février 1731 ; mais

elles doivent être insinuées sous peine du double droit contre les parties qui ont négligé de satisfaire à cette formalité dans les quatre mois postérieurs à la date des actes.

La jurisprudence n'était pas uniforme à l'égard de l'insinuation des dons en cas de survie, faits dans les contrats de mariage par le mari à la femme ou par la femme à son mari ; dans quelques cours on ne la croyait nécessaire qu'au domicile des parties contractantes : d'autres cours voulaient qu'elle eût lieu tant au domicile des parties que dans l'endroit où les biens étaient situés, et dans d'autres tribunaux on regardait l'insinuation comme une formalité inutile relativement aux Donations de ce genre. Ces considérations déterminèrent le feu roi à donner le 3 juillet 1769 des lettres-patentes qui furent enregistrées au parlement le 11 du même mois, et par lesquelles il fut ordonné que tous les dons en cas de survie faits dans les contrats de mariage par un mari à sa femme ou par une femme à son mari; tous les dons mutuels réciproques, rémunératoires, faits par l'un et par l'autre dans les mêmes contrats, seraient exempts jusqu'au jour du décès du donateur, de la formalité de l'insinuation, soit au domicile des contractants, soit au bureau des lieux de la situation des biens donnés, à la charge néanmoins que les Donations dont il s'agit seraient insinuées au domicile du donateur, dans les quatre mois postérieurs à son décès.

Lorsqu'une donation a été insinuée dans les délais portés par les ordonnances, même après le décès du donateur ou du donataire, elle doit produire son effet à compter du jour qu'elle est intervenue ; elle peut au surplus être insinuée après les délais dont il s'agit, pourvû que le donateur soit encore vivant ; mais dans ce cas, elle n'a d'effet que du jour de l'insinuation. C'est ce qui résulte de l'article 26 de l'ordonnance des Donations.

---

807. Les donations faites en ligne directe par contrat de mariage ne sont pas affectées faute d'enregistrement quant à ce qui excède les effets des lois générales d'enregistrement.

Toutes autres donations en contrat de mariage, même entre futurs époux, et même à cause de mort, et aussi toutes autres donations en ligne directe, demeurent sujettes à être enregistrées comme les donations en général.

807. Gifts made in the direct line by contract of marriage, are not affected by want of registration further than they may be under the general registry laws.

All other gifts in contracts of marriage, even between future consorts, or in contemplation of death, and all other gifts in the direct line, remain subject to registration in the same manner as gifts in general.

---

* 2 *Bourjon, Tit.* 4, *ch.* 5, *s.* 6, *p.* 109-110 *et sec.* 10, *p.* 111-112. } 25. A l'égard de la donation faite à la femme par son mari, les héritiers du mari ne peuvent lui opposer le défaut d'insinuation, et la donation est valable nonobstant ce défaut ; parce que dans leur qualité de successeurs à titre universel du mari, ils sont eux-mêmes les garants formels des suites de ce défaut, qu'on ne peut imputer qu'au mari.

Art. 30 de l'Ordonnance de 1731. M. de Montholon, ch. 4. M. Louet, let. D. No. 4. le même, let. I. No. 1. C'est la disposition de l'art. 131. de l'Ordonnance de 1629, et le sentiment de M. le Maistre, tit. 13, part. 2, page 406. La dernière Ordonnance lève sur ce toute difficulté.

26. En effet, c'était au mari, comme administrateur des droits de sa femme, à faire insinuer la donation, et faute de ce, la donation valide contre sa succession, par forme de dédommagement, que cette succession doit en ce cas à la femme ; dédommagement qu'on ne peut mieux liquider qu'en

faisant valoir la donation ; d'où il résulte évidemment que relativement aux héritiers du mari, une telle donation doit valider, nonobstant le défaut d'insinuation.

M. Ricard, des Donations, part. 1, chap. 4, sect. 3, gl. 7, No. 1239, page 278, et telle était la Jurisprudence du Châtelet avant la nouvelle Ordonnance ; mais on y assujettissait la femme à faire insinuer dans les quatre mois du décès ; ce qui était superflu,

27. Dans ce cas la femme n'est pas obligée de faire insinuer après le décès, l'insinuation alors devenant absolument inutile ; en effet, alors elle ne peut plus avoir d'objet et de fin, et y assujettir la femme, ce serait dépouiller la Loi de sa sagesse ; si quelques Praticiens font le contraire, c'est abus qui ne peut faire loi, d'autant plus qu'on ne pourrait lui donner aucun motif raisonnable.

C'est le sentiment de M. le Maistre, tit. 13, part. 2, page 405 et 406. Voyez M. de Montholon à l'endroit cité ; il dit, *que les héritiers du mari sont tenus de consentir à l'insinuation.* Voyez M. Louet, let. I, No. 1, le Plaidoyer de M. l'Avocat Général Talon, inséré dans l'Arrêt rapporté dans la dixième partie du Journal du Palais, page 150. où il dit, *que l'insinuation est superflue, dans un tems où le droit est acquis au donateur, ou à l'héritier* ; c'est ce qui a été jugé par l'Arrêt du 11 Février 1701, rapporté dans le sixième volume du Journal des Audiences, page 22. Voyez M. Ricard, des Donations, tom. 1, pag. 279 et 280. Il faut donc écarter l'abus dont on a parlé dans la proposition.

28. Mais cette faveur n'a lieu que contre les héritiers du mari, non contre les créanciers qui ont contracté avec lui dans la bonne foi, qui en ce cas, sont préférables à la femme ; la juste faveur qui est dûe à cette dernière, par rapport aux héritiers sur le défaut d'insinuation que son mari devait faire pour elle, ne peut balancer la justice qui est due aux créanciers qui ont contracté dans la bonne foi, et dans l'ignorance de la donation.

M. de Montholon, ch. 80, M. Bretonnier, en ses Décisions alphabétiques, page 108 à la fin; et 109, fait cette distinction entre les héritiers du mari et ses créanciers ; elle est adoptée par M. le Maistre, page 406, je n'y vois pas la moindre difficulté ; l'équité comme les principes la soutiennent.

44. Dans la thèse générale ces donations sont comme les

autres, sujettes à l'insinuation; mais les donations qui ont pour motif un favorable et judicieux établissement que les père et mère, ou l'un d'eux font à leurs enfans par contrat de mariage, ne sont pas sujettes à l'insinuation ; ce qui ne s'entend même que des donations particulières, et non des donations universelles qui y seraient sujettes, quoique faites à des enfans, et par contrat de mariage.

Art. 19 de l'Ordonnance de 1731, voyez l'Arrêt rapporté par M. Bardet, tom. 2, liv. 7, ch. 27, celui du 31 Juillet 1673, dans la troisième partie du Journal du Palais, page 97, où les moyens contraires à la proposition sont solidement détruits ; moyens qui ne peuvent plus faire la moindre impression par la disposition de l'art. 19 de l'Ordonnance de 1731 qu'on vient de citer ; et quant à la dernière partie de la proposition qui excepte de cet affranchissement les donations universelles, quoique faites à des enfans, et par contrat de mariage, elle est fondée sur l'Arrêt du 2 Juillet 1686, rapporté par M. Augeard, tom. 2, ch. 5, pag. 41.

45. La faveur ci-dessus, c'est-à-dire, la première partie de la proposition précédente, est fondée sur ce que telle donation tient plus de la régie que de la libéralité ; c'est un engagement naturel dont les père et mère s'acquittent ; c'est ouverture partiaire et anticipée de leur succession, plus qu'une vraie donation ; qualité qui l'affranchit de la nécessité de l'insinuation, ce qu'on ne peut appliquer à une donation universelle, quoique portée par un contrat de mariage, ni même à une donation particulière faite hors contrat de mariage ; dans l'un et l'autre cas la faveur cesse, et il faut insinuation.

Voyez M. Basset, tom. 1, liv. 4, ch. 3; M. Ricard, des Donations, part. 1. ch. 4, sect. 3, gl. 1, No. 1107, pag. 249. Cette validité nonobstant le défaut d'insinuation aurait lieu, encore que les créanciers du père donateur, soutinssent que la donation était immodérée, et non conforme à la condition et à la fortune de leur débiteur. Arrêt du 6 Avril 1675 rapporté dans la quatrième partie du Journal du Palais, pag. 379, où cette question est traitée avec autant de solidité que de méthode. M. Ricard, en son Traité des Donations, part. 2, ch. 4, sect. 3, gl. 2, No. 117 et suivans, avait été d'avis contraire, voyez aussi sa première partie, No. 1117, pag. 250, mais l'opinion sur ce de ce sçavant Auteur ne peut plus faire d'impression au moyen de l'Arrêt qu'on vient de citer; cela me paraît ainsi. M. le Maistre, tit. 13, pag. 374, dit que telles donations sont valables sans insinuation,

encore qu'elles excèdent la portion héréditaire ; ce qui confirme ce que dessus, et tel est l'usage du Châtelet ; c'est juste faveur.

46. Mais la donation faite par contrat de mariage à l'un des conjoints, par un collatéral ou un étranger, serait nulle faute d'insinuation ; le moyen, la faveur ci-dessus expliqués par rapport aux donations faites par ascendans, ne peuvent plus avoir lieu dans le cas d'une telle donation qui rentre dans le Droit Commun ; il faut donc en ce cas insinuation.

Quant aux donations faites par le Roi, elles ne sont pas sujettes à l'insinuation. M. Ricard, des Donations, part. 1, ch. 4, sect. 3, gl. 3, No. 1166, c'est une exception qui peut servir à confirmer la proposition qui rentre dans le cas général, le Roi étant le père commun de ses sujets.

47. Les gains nuptiaux ordinaires en faveur du survivant des conjoints, et portés par le contrat de leur mariage, sont valables sans insinuation ; ils sont plus conventions ordinaires que donations ; qualité qui les en affranchit.

Art. 21 de l'Ordonnance de 1731, voyez M. Louet, let. D, No. 64, et M. Brodeau au même endroit. M. Ricard, des Donations, part. 1, ch. 4, sect. 3, gl. 1, No. 1129, pag. 253. Mais la donation faite par l'un des conjoints à l'autre, quoique portée par le contrat de mariage, est sujette à l'insinuation; le même Auteur en la même page et à la page suivante, sauf le droit de la femme donataire, nonobstant le défaut d'insinuation de la donation à elle faite par son mari ; droit qu'on a examiné ci-devant dans son ordre ; c'est à son égard droit particulier.

---

* 1 *Ricard*, *Don.*, 1ère *partie*, *Nos.* 1107-1123. } 1107. Pour ce qui concerne la seconde espèce, laquelle consiste aux donations faites par père et mère en mariant leurs enfans, que nous appelons communément, *dots ;* il semble que nous en devions dire autrement, et qu'il y ait raison de les déclarer exemptes de la rigueur de l'insinuation, pour la même raison qui nous a fait résoudre que les donations rémunératoires, non plus que les onéreuses, n'étaient pas sujettes à l'Ordonnance, jusqu'à concurrence de ce qui tient lieu de charge, *neque leges incognitæ sunt*, *quibus cautum est*, *omnino paternum esse officium*, *dotem vel ante nuptias donationem*

pro sua dare progenie l. ult. § *utrumque*, *C. de dotis promiss. et l. qui liberos* 19. *D. de ritu nupt.* Et ce devoir de doter les enfans, qui était réputé paternel parmi les Romains, est commun par notre usage au père et à la mère, à cause de la communauté que nos Coutumes ont introduite. Ainsi quand un père ou une mère ne donne à ses enfans pour les marier, que ce qu'il leur doit pour les pourvoir, eu égard à sa qualité, et aux biens qu'il possède par une espèce d'obligation qui est naturelle et morale tout ensemble, quoique la Loi Civile n'ait pas donné à ce sujet d'action aux enfans contre leur père, en considération du respect qu'ils lui doivent ; il n'y a point d'apparence de faire passer cet acte pour une véritable donation, puisqu'elle n'en a pas l'essence, qui est la pure libéralité du donateur, *non enim est beneficium*, *sed officium*, *facere quod debeas*, dit fort bien à ce propos Seneque, en ses Controverses, *liv.* 2, *chap.* 5.

1123. Il y aurait plus de raison de déclarer les donations en faveur de mariage faites par le père du mari, absolument exemptes d'insinuation, à l'égard de l'hypothèque que la femme y peut avoir pour ses conventions matrimoniales ; parce qu'il est du devoir du mari de lui procurer ses sûretez ; mais comme l'hypothèque de la femme ne peut s'acquérir que sur les biens qui appartiennent à juste titre à son mari, et que le père n'est pas responsable des conventions matrimoniales de sa belle-fille, à moins qu'il ne s'y soit personnellement obligé ; il n'y a rien qui puisse favoriser la femme à l'égard d'une donation faite par son beau-père à son mari, qui ne se trouve pas accompagnée des solemnitez qui sont nécessaires pour la faire valoir.

Mais nous avons un Arrêt du 14 Mai 1675, rendu en la quatrième des Enquêtes, au rapport de M. Mascarani, rapporté dans le Journal du Palais, lequel a débouté des créanciers de leur demande, à ce que la dot de la Dame d'Hillerin fut réduite à la portion des biens que ses père et mère lui pouvaient donner, selon leur condition et leurs facultez, au tems qu'ils l'ont mariée, encore qu'il n'y eût pas eu d'insinuation. Il y

avait eu un appointement au Conseil en la Grand'Chambre, le Mardi 4 Février 1670, plaidans Pousset de Montauban et le Verrier, sur un appel d'une Sentence du Présidial de Beauvais, qui avait déclaré nulle, faute d'insinuation, une donation faite par Blaise Messier, Marchand de la même Ville, au profit de son fils, de plusieurs immeubles qui excédaient ce que ses facultez lui permettaient de donner, quoique Monsieur l'Avocat Général Talon eut conclu pour le bien-jugé en faveur des créanciers, à cause du défaut d'insinuation : néanmoins la Sentence a été depuis infirmée par Arrêt, quoique le père n'eût pas été tout-à-fait dépossédé, le fils ayant possédé par indivis, et le père ayant fait les baux. Il y a encore un autre Arrêt du 31 Juillet 1673, rapporté dans le même Journal du Palais, qui a ordonné, que M. le Duc de la Rochefoucault serait colloqué du jour de son contrat de mariage, contre les créanciers postérieurs qui alléguaient le même défaut d'insi nuation.

Suivant l'usage du Parlement de Dauphiné, les contrats de mariage qui contiennent donation, ne sont pas sujets à l'insinuation, d'autant que l'Ordonnance de Moulins de 1550, n'a pas été publiée en ce Parlement ; c'est ce qui a été jugé par Arrêt du 7 Septembre 1657, rapporté au 2 tome du Journ. des Aud. *liv.* 1. *ch.* 26.

---

* *Ord. des Don.* (1731) *Louis XV*, *arts.* 19, 22, 28. } Art. 19. Les donations faites dans les contrats de mariage en ligne directe, ne seront pas sujettes à la formalité de l'insinuation.

Art. 22. L'exception portée par l'article précédent et par ladite déclaration, aura pareillement lieu à l'égard des donations de choses mobiliaires, quand il y aura tradition réelle, ou quand elles n'excèderont point la somme de mille livres une fois payée.

Art. 28. Le défaut d'insinuation pourra pareillement être opposé à la femme commune en biens, ou séparée d'avec son

mari et à ses héritiers pour toutes les donations faites à son profit, même à titre de dot, et ce, dans tous les cas où l'insinuation est nécessaire, à peine de nullité ; sauf à elle ou à ses héritiers d'exercer leurs recours, s'il y échet, contre le mari ou ses héritiers, sans que, sous prétexte de leur insolvabilité, la donation puisse être confirmée en aucun cas, nonobstant le défaut d'insinuation.

---

808. Les donations d'effets mobiliers, soit universelles, soit particulières, sont exemptées de l'enregistrement lorsqu'il y a tradition réelle et possession publique par le donataire.

808. Gifts of moveable effects, whether universal or particular, are exempt from registration when they are followed by actual delivery and public possession by the donee.

---

* 1 *Ricard, Don.*, 1ère *partie*, *Nos.* 1151-2. } 1151. Encore que les Ordonnances ayant parlé généralement, sans distinguer les meubles d'avec les immeubles, et que par le Droit les donations mobiliaires au-dessus de cinq cens écus, fussent sujettes à être insinuées aussi bien que les immobiliaires : néanmoins c'est un usage constant parmi nous, confirmé par divers Arrêts, rapportez par M. Louet et son Commentateur, *lettre D*, *nomb.* 24, que les donations particulières de meubles, sont exemptes d'insinuation, et qu'elle n'est nécessaire qu'aux donations d'immeubles, ou d'usufruit d'immeubles, que nous considérons dans la plûpart de nos décisions comme quelque chose d'immobilier.

1152. Il y en a qui prétendent que le fondement de cette Jurisprudence est établi sur les termes même de l'Ordonnance, ou du moins sur la conséquence qui s'en peut tirer, au moyen de ce que la Déclaration de l'année 1549 porte, que l'insinuation sera faite en sa Jurisdiction Royale des lieux, où les

choses données seront assises, et l'Ordonnance de Moulins dit : *aux Greffes des Sièges Royaux ordinaires de l'assiette des choses données ;* ce qu'ils disent ne pouvait être entendu des meubles, par la considération de ce qu'ils n'ont pas d'assiette certaine. Mais je n'estime pas que cette raison soit décisive ; parce qu'outre que ces deux Ordonnances sont relatives à celle de l'année 1539 à laquelle elles n'ont pas dérogé, et qui ne parle point d'assiette, mais dit seulement que les donations seront insinuées aux Cours et Jurisdictions Royales ordinaires des parties, et des choses données ; ce qui peut recevoir son application aussi bien pour les meubles que pour les immeubles ; d'ailleurs on ne peut pas dire que le mot de *assises*, ou de *assiette*, soit absolument impropre à l'égard des meubles, parce que quoique les meubles ne soient pas d'eux-mêmes fixez en aucun lieu : néanmoins la Loy Civile, aux termes de laquelle nous parlons, et qui nous doit servir de guide dans nos Décisions, leur a donné une assiette certaine au lieu du domicile de celui qui les possède, quoique pour sa commodité ou autrement, il les tienne en d'autres lieux éloignez, mais ce qui montre évidemment que les Arrêts qui ont introduit cette maxime, ne sont pas seulement fondez sur les termes de nos Ordonnances, est qu'ils ont jugé au contraire, que les donations d'universalité de meubles, ne pouvaient pas subsister, à moins qu'elles ne fussent insinuées : d'autant que si l'Ordonnance ne convenait pas aux meubles, par la considération de ce qu'ils n'ont point par eux-mêmes d'assiette fixe et arrêtée, ce serait aussi bien pour le général que pour le particulier ; vû que les meubles pris dans leur universalité, ont encore moins d'assiette certaine que n'en a chaque meuble en particulier.

---

* 2 *Bourjon, Tit.* 4, *ch.* 5, *s.* 10, *p.* 113. } *Des Donations de meubles valables sans insinuation.*

54. Lorsqu'il y a tradition réelle, la donation de meubles, de tel prix qu'ils soient, est valable sans insinuation ; en effet,

en ce cas elle serait sans objet; elle cesse donc d'y être nécessaire.

Art. 22 de l'Ordonnance de 1731, cet article fonde encore les deux propositions suivantes. Voyez M. Louet, let. D, No. 24. M. Bardet, tom. 2, liv. 1, ch. 38. M. Ricard, des Donations, part. 1, ch. 4, sect. 3, gl. 1, No. 1151 et 1152, pag. 257. M. le Maistre, tit. 13, pag. 375 et tel est l'usage du Châtelet.

55. La donation, quoique non insinuée, serait même valable, quand il n'y aurait pas tradition réelle, mais réserve d'usufruit, si les meubles ainsi donnés n'excèdent pas 1000 liv. cette vilité de l'objet donné les affranchit; c'est juste exception à la règle.

M. le Maistre, tit. 13, pag. 375 et 376, l'Ordonnance de 1731, lève là dessus toute difficulté ; mais encore une fois, c'est exception.

Voy. art. 803 C. C. B. C.

---

809. Les donations sont sujettes aux règles concernant l'enregistrement des droits réels contenus au titre dix-huit de ce livre, et ne sont plus soumises aux règles de l'insinuation.

809. Gifts are subject to the rules concerning registration of real rights contained in the eighteenth title of this book, and are no longer subject to the rules which governed inscriptions in the prothonotary's office.

Voy. arts. 2082 et suiv. C. C. B. C.

[ARTICLE 810.]

810. Le donateur n'est pas tenu des conséquences du défaut d'enregistrement quoiqu'il se soit obligé à l'effectuer.

La femme mariée, les mineurs et les interdits ne sont pas restituables contre le défaut d'enregistrement de la donation, sauf leur recours contre ceux qui ont négligé de la faire enregistrer.

Le mari, les tuteurs et administrateurs et autres qui sont tenus de veiller à ce que l'enregistrement ait lieu, ne sont pas recevables à en opposer le défaut.

810. The donor is not liable for the consequences of the want of registration, although he have bound himself to effect it.

Married women, minors and interdicted persons cannot be relieved from the failure to register the gift, but they have their recourse against those who neglected to effect such registration.

Husbands, tutors, administrators, and others whose duty it is to attend to such registration, cannot avail themselves of the absence of it.

---

* 2 *Bourjon*, *Tit.* 4, *ch.* 5, *s.* 5, *p.* 109. } 22. Sur le tems même, le mineur n'a pas plus de faveur qu'un majeur, en effet, non-seulement cette nullité milite contre le mineur, mais le tems fatal court contre lui, sauf son recours contre son tuteur ; ainsi par le défaut d'insinuation, la donation à lui faite est nulle, de même que si elle avait été faite à un majeur. C'est la conséquence de ce principe.

M. Ricard, des Donations, part. 1, ch. 4, sect. 3, gl. 3, No. 1172, page 263. M. le Maistre, tit. 13, page 376, ce qui est suivi au Châtelet.

23. Il n'est pas restituable contre le défaut d'insinuation, comme on l'a déjà vû par le Chapitre précédent, par rapport à l'acceptation ; parce que lorsqu'il s'agit de gagner, le mineur est sujet au droit commun ; ce qui est établi par la Section 3 du Chapitre 4 de ce Titre.

Voyez M. Louet, let. D, No. 63. M. Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 25, ce qui est confirmé par l'art. 32 de l'Ordonnance de 1731, qui ne laisse sur ce aucune difficulté. Voyez aussi M. Ricard, à la glose indiquée, No. 1174.

24. Cette nullité, et le délai militent pareillement contre la femme en puissance de mari, parce qu'elle a la voye de se faire autoriser en Justice, si son mari refuse d'agir pour elle et de l'autoriser ; juste raison qui rend ce délai utile contre elle, comme contre les autres donataires.

M. Ricard, des Donations, part. 1, ch. 4, sect. 3, gl. 7, No. 1228, page 278, et tel est l'usage du Châtelet.

---

* 1 *Ricard*, *Don.*, 1*ère part.*, *Nos.* 1172-1238 *et s.* } 1172. Mais quand la question a paru sans circonstances particulières, et dans les termes généraux, elle a été jugée contre les mineurs ; parce que les Loix leur ont bien accordé des privilèges pour leur conserver les biens qui leur appartiennent à juste titre, et pour empêcher qu'ils ne soient surpris par les embûches qui peuvent être préparées contre la fragilité de leur âge : mais lorsqu'il s'agit d'acquérir, et de rendre leur condition meilleure, soit par le moyen des donations qui leur sont faites, ou autrement, ils n'ont jamais été dispensez du Droit commun, et il faudrait faire force aux Règles de la Jurisprudence pour les exempter de la rigueur d'une Ordonnance qui est générale, et qui ne les excepte point, particulièrement lorsqu'il est question de leur procurer un avantage, et de leur acquérir une donation, et non pas de conserver un bien.

1238. Pour revenir à notre usage, il n'y a pas de difficulté, que le tems de l'insinuation court régulièrement contre la femme durant son mariage, puisqu'il a même lieu contre les mineurs pendant leur minorité. Mais on demande si à l'égard de la donation mutuelle, ou autre faite à la femme par la mari, ses héritiers sont recevables à alléguer le défaut d'insinuation : Ceux qui défendent la cause des héritiers, se fondent sur ce que l'Ordonnance ayant déclaré la donation non

insinuée nulle à l'égard de l'héritier, il s'ensuit, disent-ils, que le donataire ne peut pas exciper de la donation contre lui, comme d'un titre valable ; et que s'il veut s'en prévaloir, l'héritier a juste raison de lui opposer ce manquement, sans que l'on puisse considérer la qualité particulière d'héritier du mari, pour en induire une fin de non-recevoir ; parce que l'exception de l'Ordonnance lui a donné une action personnelle, et elle lui appartient de son chef.

1239. L'opinion contraire, qui veut que la donation ait effet contre les héritiers du mari, dans l'espèce que j'ai proposée, encore qu'elle n'ait pas été suivie d'insinuation, est néanmoins mieux fondée en raison ; non pas que les donations faites aux femmes par leurs maris, même par contrat de mariage, ne soient sujettes à la rigueur de l'insinuation comme les autres, et que les héritiers du mari n'ayent pas droit d'alléguer directement ce défaut de formalité qui leur appartient de leur chef, et non pas comme représentans le mari, ainsi que nous avons ci-dessus établi : Mais par une autre considération résultante de l'exception qui appartient à la femme, contre les héritiers qui lui font cette objection, en conséquence de ce que le mari étant le maître, et ayant la direction des actions de sa femme, il était de sa diligence de faire l'insinuation ; si bien que n'y ayant pas satisfait, sa succession en est demeurée garante, et conséquemment tenue des dommages et intérêts que la femme en souffre, lesquels ne pouvant pas moins monter que le contenu en la donation, il s'ensuit que les héritiers doivent être déclarez non-recevables à la contester : parce que c'est un principe de droit, que celui-là agit inutilement, et ne doit pas être entendu, qui se trouve garant de l'action qu'il a intentée, et qu'il voudrait poursuivre.

1240. En effet, il est constant que tout Administrateur doit veiller à la conservation des actions de celui qu'il a sous sa conduite, à peine de répondre en son propre et privé nom des dommages et intérêts, auxquels il a donné lieu par sa négligence. Nous en avons même des décisions expresses en droit, concernant le mari et la femme : Le mari est responsable, dit

la Loi *Si fundum* 16. *D. de fundo dotali*, s'il a laissé prescrire l'héritage que la femme lui avait baillé en dot ; et la Loi *si constante* 25. *Maritus*, *D. sol. matrim.* veut même que la faute lui soit imputée, quoiqu'il ait agi en ce qui regardait la dot de sa femme de la même façon qu'il a fait, pour ce qui le connait de son chef. Il y a encore un exemple illustre en la Loy *in jus* 67. du même titre, *Publius Mævius*, ce sont les termes de cette Loy, *in Liciniâ Gracchi uxore flatuit*, *res dotales : quæ in eâ seditione quâ Gracchus occisus est*, *erant*, *periissent*, *quia Gracchi culpâ ea seditio facta esset*, *Liciniæ præstare oportere.*

1241. Ce qui doit aussi avoir lieu parmi nous, d'autant que par notre Jurisprudence la femme est absolument *in sacris mariti;* le mari étant le maître de la communauté, et ayant l'administration de tout ce qui appartient à sa femme, laquelle n'a point même de biens paraphernaux, comme chez les Romains : de sorte qu'elle ne peut accepter les donations qui lui sont faites, que sous l'autorité de son mari. C'est pourquoi étant obligée de se reposer sous sa conduite, et n'ayant pour sa part que le soin de la famille et du ménage, c'est au mari à veiller aux affaires, puisqu'il en a l'intendance pour partage ; si bien que lorsqu'il ne s'acquitte pas de sa charge, il est bien juste qu'il en demeure responsable : n'étant pas raisonnable que la femme souffre pour sa faute, et qu'elle soit de pire condition, que si elle n'était pas mariée, auquel cas elle prendrait elle-même le soin de ses affaires, et n'étant point capable de sçavoir ce qui est nécessaire pour la perfection d'une donation, elle chercherait le secours d'un conseil étranger, pour suppléer à son défaut. D'où il résulte que le mari est même responsable, s'il a manqué à faire insinuer la donation faite à sa femme durant leur mariage par une autre personne.

1242. Les héritiers ne peuvent pas objecter avec raison pour le particuler des donations qui sont faites par le mari à la femme, que l'action de dommages et intérêts, qui est attribuée à la femme, pour servir de fondement à cette opinion, étant dérivée de la donation, elle ne peut pas avoir d'effet

contre eux, puisque la donation n'est pas considérable à leur égard, et que le donataire n'en peut tirer aucun avantage à leur préjudice ; d'autant que pour entendre mon raisonnement, il faut comprendre que le mari a en cette rencontre deux qualitez différentes, sçavoir de mari et de donateur : Il est vrai que les héritiers, comme ayant succédé au mari en qualité de donateur, ne sont nullement tenus de la garantie du défaut d'insinuation, attendu que pour ce regard c'était au donataire à en faire les diligences, si bon lui semblait ; mais comme héritiers du mari en qualité de mari, ils sont tenus de cette garantie, puisque c'était au défunt à avoir le soin que la donation fût parfaite ; rien n'empêchant qu'une même personne ne soit considérée en deux qualitez, et qu'il ne soit en conséquence tenu en vertu de l'une de ce à quoi l'autre ne l'avait pas assujetti. Et de fait, nous avons aussi prouvé en la Section précédente, que les héritiers d'un tuteur n'étaient point recevables à alléguer le défaut de tradition qui se rencontrait en la donation qu'il avait faite à son pupille.

1243. Je voudrais néanmoins limiter notre résolution, et faire que le mari ne fût point responsable du défaut d'insinuation, lorsque la femme a accepté la donation en qualité de femme autorisée à son refus par justice, ou qu'elle est séparée de biens ; d'autant qu'au premier cas le mari s'est déchargé, en refusant d'autoriser sa femme, du péril qu'il pouvait encourir pour le fait de la donation, si bien que la femme ne doit pas s'attendre à lui, et il est de sa diligence de chercher un autre conseil. Et au second cas, la femme ayant la direction de son bien et de ses affaires, c'est à elle de veiller à ce qui est nécessaire pour leur donner la perfection : Car quoiqu'il se juge qu'en ce cas la femme ne soit point plus capable de s'obliger sans l'autorité de son mari, que si elle n'était point séparée ; c'est à elle à le requérir de lui prêter son autorité, puisqu'elle a voulu avoir la conduite de son bien : et d'ailleurs sa séparation l'autorise suffisamment pour agir en Justice, et pour diriger toutes les actions qui sont nécessaires à intenter pour la conservation de son bien, et même

pour faire insinuer les donations qui lui sont faites, sans qu'elle ait besoin de l'autorité de son mari pour cet effet. Aussi Monsieur Louet, *lettre* I, *nomb.* 1, dit avoir vû juger, que la femme séparée de biens avec son mari, n'est pas dispensée de faire insinuer la donation.

Maître Hyacinthe Boniface, *tome* 1, *livre* 7, *tit.* 2, *chap.* 6, rapporte un Arrêt sur ce sujet du Parlement de Provence du 12 Décembre 1639, qui a jugé que la femme était tenue de faire insinuer la donation à elle faite par son mari, dans les quatre mois du jour de la sentence de séparation, et non dans les quatre mois du jour de son opposition au décret du bien de son mari ; d'autant qu'après la séparation elle est sujette à toutes sortes de prescriptions, ayant pour lors l'exercice libre de tous ses droits.

---

* *Ord. des Don.* (1731) *Louis XV*, *arts.* 18, 30, 31, 32. } Art. 18. Entendons pareillement que les donations des biens présents, faites à condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur, même les légitimes indéfiniment ou sous d'autres conditions dont l'exécution dépendrait de la volonté du donateur, puissent avoir lieu dans les contrats de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs descendants, par quelques personnes que lesdites donations soient faites, et que le donataire soit tenu d'accomplir lesdites conditions, s'il n'aime mieux renoncer à ladite donation ; et en cas que ledit donateur, par contrat de mariage, se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens présents, ou d'une somme fixe à prendre sur lesdits biens, voulons que, s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiennent au donataire ou à ses héritiers, et soient compris dans ladite donation.

Art. 30. Le mari ni ses héritiers ou ayant cause ne pourront en aucun cas, et quand même il s'agirait de donation faite par d'autres que par le mari, opposer le défaut d'insinuation

à la femme commune ou séparée ou à ses héritiers ou ayant cause, si ce n'est que ladite donation eût été faite pour tenir lieu à la femme de bien paraphernal, et qu'elle en eût la libre jouissance et administration.

Art. 31. Les tuteurs, curateurs, administrateurs, ou autres qui par leur qualité sont tenus de faire insinuer les donations faites par eux ou par d'autres personnes aux mineurs, ou autres étant sous leur autorité, ne pourront pareillement, ni leurs héritiers ou ayant cause, opposer le défaut d'insinuation auxdits mineurs ou autres donataires dont ils ont eu l'administration, ni à leurs héritiers ou ayant cause.

Art. 32. Les mineurs, l'église, les hôpitaux, communautés ou autres qui jouissent du privilège des mineurs, ne pourront être restitués contre le défaut d'insinuation, sauf leur recours, tel que de droit, contre leurs tuteurs ou administrateurs, et sans que la restitution puisse avoir lieu, quand même lesdits tuteurs ou administrateurs se trouveraient insolvables.

---

* 6 *Guyot, Rép., Vo. Don.*, *p.* 187-188. } Suivant l'art. 27, le défaut d'insinuation des Donations sujettes à cette formalité à peine de nullité, peut être opposé non-seulement par le tiers acquéreur et les créanciers du donateur, mais encore par ses héritiers, par les donataires ou légataires postérieurs, et en général par tous ceux qui y ont intérêt, à l'exception toutefois du donateur.

Le défaut d'insinuation peut pareillement être opposé à la femme commune en biens ou séparée d'avec son mari, et à ses héritiers pour toutes les Donations faites à son profit, même à titre de dot, et cela dans tous les cas où l'insinuation est nécessaire à peine de nullité, sauf à elle ou à ses héritiers à exercer leur recours, s'il y échet, contre le mari ou ses héritiers, sans que sous prétexte de leur insolvabilité, la Donation non insinuée puisse être confirmée. Telles sont les dispositions de l'article 28.

Le mari ni ses héritiers ne peuvent en aucun cas, même

[ARTICLE 811.]

quand il s'agit de Donations faites par d'autres que le mari opposer le défaut d'insinuation à la femme commune ou séparée, ni à ses héritiers, à moins que la Donation n'ait été faite pour tenir lieu de biens paraphernaux à la femme, et qu'elle n'en aît eu la libre jouissance et administration. C'est ce qui résulte de l'article 30.

La fin de non recevoir établie par cette loi en faveur de la femme contre le mari doit avoir lieu à plus forte raison en faveur des mineurs contre leur tuteur ou curateur, attendu que les mineurs ne sont pas plus capables d'agir qu'une femme mariée. Telle est la disposition de l'article 31. Et cette règle a été étendue contre tout administrateur en général en faveur de ceux qui sont sous son autorité.

SECTION V.

DE LA RÉVOCATION DES DONATIONS

811. Les donations entrevifs acceptées sont sujettes à révocation :

1. Pour cause d'ingratitude de la part du donataire ;

2. Par l'effet de la condition résolutoire dans les cas où elle peut être validement stipulée ;

3. Pour les autres causes de droit qui peuvent faire annuler les contrats, à moins d'une exception particulière applicable.

SECTION V.

OF THE REVOCATION OF GIFTS.

811. Gifts *inter vivos* accepted are liable to be revoked :

1. By reason of ingratitude on the part of the donee ;

2. By means of the resolute condition, in cases where it may be validly stipulated ;

3. For the other legitimate causes by which contracts may be annulled, unless some particular exception is applicable.

[ARTICLES 812, 813.]

812. [Dans les donations la survenance d'enfants au donateur ne forme une condition résolutoire que moyennant la stipulation qui en est faite.]

812. [In gifts, the subsequent birth of children to the donor does not constitute a resolutive condition, unless it is so stipulated.]

---

813. La donation peut être révoquée pour cause d'ingratitude, sans qu'il soit besoin de stipulation à cet effet ;

1. Si le donataire a attenté à la vie du donateur ;

2. S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits majeurs ou injures graves ;

3. S'il lui refuse des aliments, ayant égard à la nature de la donation et aux circonstances des parties.

Les donations par contrat de mariage sont sujettes à cette révocation, ainsi que celles rémunératoires ou onéreuses jusqu'à concurrence de ce qu'elles excèdent le prix des services ou des charges.

813. Gifts may be revoked by reason of ingratitude, without a stipulation to that effect :

1. If the donee have attempted the life of the donor ;

2. If he have been guilty towards him of ill usage, crimes, or grievous injuries ;

3. If he refuse him maintenance, regard being had to the nature of the gift and the circumstances of the parties.

Gifts by contract of marriage are subject to this revocation, and so are remuneratory or onerous gifts in so far as they exceed the value of the services or of the charges.

[ARTICLE 813.]

* *Cod. de revoc. donat. L.* 10. } 10. Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut injurias atroces in eum effundat, vel manus impias inferat, vel jacturæ molem ex insidiis suis ingerat, quæ non levem sensum substantiæ donatoris imponat, vel vitæ periculum aliquod ei intulerit, vel quasdam conventiones sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minimè implere voluerit. Ex his enim tantummodo causis, si fuerint in judicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatæ, etiam donationes in eos factas everti concedimus : ne sit cuiquam licentia et alienas res capere, et frugalitatem irridere donatoris, et ipsum iterum donatorem suasque res perdere, et præsatis malis ab ingrato donationis acceptore affici. Hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus : nulla licentia concedenda donatoris successoribus hujusmodi querimoniarum primordium instituere. Etenim si ipse qui hoc passus est, tacuerit : silentium ejus maneat semper, et non à posteritate ejus suscitari concedatur, vel adversus eum qui ingratus esse dicitur, vel adversus ejus successores.

Datum 15 calend. aprilis, Lampadio et Oreste VV. CC. Coss. 530.

Ibidem. Trad. de P. A. Tissot. } 10. Nous ordonnons généralement que toutes les donations faites légitimement soient valables et irrévocables, à moins que le donataire ne fût convaincu d'être coupable d'ingratitude et d'injures atroces envers le donateur, telles que d'avoir porté sur lui des mains impies, ou de lui avoir causé méchamment de grandes pertes ; ou enfin d'avoir mis sa vie en péril. Il en serait de même si le donataire refusait de se conformer aux conventions écrites ou non écrites, stipulées par le donateur, et ajoutées à la donation comme condition. Dans ces cas seulement, et lorsqu'ils sont démontrés évidemment en justice, Nous permettons la révocation des donations : ces dispositions sont nécessaires afin qu'il ne soit permis à personne de rece-

voir les biens d'autrui, et en même temps de se moquer de sa générosité, de lui causer des pertes ou les maux dont il vient d'être fait mention. Nous bornons néanmoins ce privilège de pouvoir, pour les causes rappelées ci-dessus, révoquer les donations aux donateurs seuls. Il n'est nullement permis à leurs héritiers de commencer une pareille contestation, quand même il serait démontré que le donateur, avant sa mort, avait droit à faire révoquer la donation. Ce silence du donateur ne doit pas être troublé, et ses héritiers ne peuvent en aucune manière, intenter une contestatien de ce genre contre le donateur ou ses héritiers.

Fait le 15 des calend. d'avril, sous le cons. de Lampadius et d'Oreste. 530.

---

* 8 *Pothier, Don.*, *No.* 180 *et s.* } 180. La loi dernière, Cod. *de Revocandis Donationibus*, décide que les donations peuvent être révoquées par l'ingratitude du donataire envers le donateur.

Il n'est pas nécessaire, pour le fondement de cette décision, de supposer dans le contrat de donation une clause tacite pour la résolution de la donation, en cas d'ingratitude : ce cas ne peut pas être supposé ; car, lorsque quelqu'un donne à son ami, il ne peut pas même s'imaginer qu'il arrive jamais qu'il se porte envers lui aux excès qui donnent lieu à cette révocation.

Il suffit, pour fonder la révocation des donations, de dire " que les injures commises par un donataire envers son bienfaiteur, outre le caractère de malice, commun aux injures faites par d'autres personnes, ayant un caractère particulier de malice, qui est l'*ingratitude*, elles doivent être punies, outre la peine des injures ordinaires, d'une peine particulère ; et il n'y en a pas de plus naturelle, que de dépouiller le donataire des bienfaits qu'il a reçus de celui qu'il a offensé."

181. La loi dernière, au Code *de Revocandis donat.* que nous avons déjà citée, rapporte cinq causes d'ingratitude.

La première est, *si injurias atroces effundat.* Il suit de ce mot, *atroces*, que toutes injures proférées par le donataire contre le donateur, ne donnent pas lieu à la révocation ; il n'y a que celles qui sont *atroces.*

Pour qu'une injure soit *atroce*, il faut qu'elle tende à détruire la réputation du donateur dans les parties les plus essentielles, telle que la probité, les mœurs. Celles qui attaquent les mœurs sont plus ou moins atroces, suivant la qualité des personnes. Ce qu'on répand contre les mœurs d'une personne, peut être une injure atroce à l'égard d'un ecclésiastique, d'un magistrat, d'une personne du sexe, et ne l'être pas à l'égard d'une personne d'une condition différente.

Il faut aussi, pour que l'injure soit atroce, qu'elle ne soit pas vague, mais qu'elle contienne des faits circonstanciés. Ainsi il ne suffirait pas que le donataire dit en général *que le donateur est un fripon, un libertin*, il faut qu'il ait rapporté des faits déterminés et circonstanciés de friponnerie et de libertinage. La raison en est, que les injures vagues font fort peu d'impression, et ne font, tout au plus, que jeter des doutes sur la réputation d'une personne, mais ne vont pas à la détruire.

182. On demande sil y a lieu à la révocation de la donation, non-seulement dans le cas de la calomnie, mais même lorsque les choses que le donataire a répandues contre la réputation du donateur sont vraies ?— Ricard dit qu'oui (3e part., ch. 6, sect. 2, No. 693) : J'y trouve de la difficulté ; car, quoique la simple médisance soit en elle-même mauvaise, et que ce soit pécher contre la charité que de révéler les fautes d'autrui, à moins qu'il n'y ait de justes sujets de le faire, et que cette médisance acquiert un nouveau degré de malice, lorsqu'elle attaque une personne à qui nous devons de la reconnaissance ; néanmoins le coupable ayant donné lieu plus que tout autre à la médisance, ne me paraît pas recevable à s'en plaindre ni à prétendre qu'on lui fasse tort en lui ôtant une réputation qui ne lui appartient pas. C'est pourquoi la loi 18, ff. *de Injur.* ne regarde pas la médisance comme une injure, lorsque les faits sont vrais, *qui nocentem infamavit ; non est bonum et*

æquum ob eam rem condemnari. Par la même raison, la loi 14, *de Bon. libert. fin.* dit que le fils d'un patron n'est pas indigne de la succession d'un affranchi, pour l'avoir accusé d'un crime qui était vrai. Au reste, la question ne reçoit guère d'application dans la pratique ; car, quelque vrais que puissent être les faits que le donataire a répandus contre la réputation du donateur, ils ne passeront pas pour vrais, et le donataire ne serait pas recevable à en demander la preuve ; c'est pourquoi il y aurait toujours lieu de condamner le donataire.

Il suit du terme *effundat* dont se sert la loi, que, pour qu'il y ait lieu à la révocation de la donation, il ne suffit pas que le donataire ait dit à une ou deux personnes les faits injurieux, il faut qu'il les ait divulgués et rendus publics.

183. La seconde cause est, *si manus impias inferat*, comme si le donataire avait donné au donateur des coups de bâton, un soufflet, un coup de poing ; à moins que ce ne fût en se revanchant. Cela a lieu, non-seulement si le donataire a fait lui-même cette insulte, mais s'il l'a fait faire par un autre : *nam qui mandat ipse fecisse videtur.*

184. La troisième cause, *si jacturæ molem ex insidiis suis ingerat.* Si le donataire cause la ruine de la fortune du donateur en tout ou pour la plus grande partie, comme si, par les bruits qu'il avait semés, il a fait perdre le crédit du donateur qui était un marchand, et par là ruiné sa fortune ; s'il l'avait fait révoquer d'un emploi dont il subsistait.

185. Serait-ce une cause suffisante pour révoquer la donation, s'il lui avait fait manquer un mariage avantageux ?—Il semble que non, car la loi parle du cas où le donataire a causé une perte au donateur dans ses biens ; mais en empêchant ce mariage, il ne lui cause pas de perte, il l'empêche seulement de gagner.

186. La quatrième cause, *si vitæ periculum aliquod et intulerit ;* comme s'il lui avait préparé du poison ; s'il avait été l'attendre pour le tuer.

187. La cinquième cause, *si quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sinè scriptis habitas, quas do-*

nationis acceptor spopondit minimè implere voluerit. Ce qui est dit des conventions qui n'ont pas été rédigées par écrit, n'est pas reçu parmi nous ; car l'ordonnance de 1667 défendant la preuve testimoniale, outre le contenu d'un acte par écrit, le donateur alléguerait en vain que le donataire refuse d'exécuter les conventions qu'on supposerait n'avoir été faites que verbalement lors de la donation, et n'avoir pas été insérées dans l'acte de donation. Le donataire en serait quitte pour les nier, et le donateur, suivant la disposition de l'ordonnance, ne serait pas recevable à les justifier.

Si les conventions sont par écrit, le refus du donataire de les exécuter, opère la résolution de la donation ; mais un simple refus ne suffit pas pour cela : il faut que le donateur fasse assigner le donataire pour les accomplir, et qu'ayant été condamné de le faire à peine de déchéance de la donation, il n'ait pas encore satisfait. Auquel cas le donateur pourra alors faire prononcer que, faute par le donataire, d'avoir satisfait, il sera déchu de la donation, et, en conséquence, condamné à la restitution des choses données.

188. Plusieurs pensent que ces cinq causes énoncées dans la loi ne doivent pas être regardées comme les seules qui puissent donner lieu à la révocation, qu'il peut y en avoir d'autres, qui sont laissées à l'arbitrage du juge, lequel estimera si elles contiennent une aussi grande ingratitnde que celles énoncées en la loi.

189. C'est aussi un sentiment assez suivi, que, lorsque c'est un enfant qui est donataire, les quatorze causes d'exhérédation, dont il est parlé dans le Code Justinien, sont autant de causes à son égard, pour révoquer les donations qui lui ont été faites par ses père et mère.

190. C'est aussi une opinion fort plausible, que celle de ceux qui pensent que, si le donateur était tombé dans une extrême indigence, qui le mît hors d'état d'avoir de quoi vivre, et de pouvoir en gagner, le refus d'aliments, que lui ferait le donataire d'une portion considérable de ses biens, devrait être regardé comme une cause d'ingratitude assez considérable

pour le faire déchoir de sa donation. C'est un devoir naturel du donataire de donner des aliments à son bienfaiteur dans le cas de nécessité, lorsqu'il le peut. C'est sur le fondement de ce devoir, que les lois ne permettent pas au donataire d'exiger du donateur ce qui lui a été donné, s'il ne reste pas au donateur de quoi fournir à ses aliments.

191. Si les lois n'ont pas permis au donataire de manquer à ce devoir naturel, avant que la donation ait été consommée par la tradition, elles ne doivent pas lui permettre davantage d'y manquer après la tradition : l'accomplissement du bienfait, bien loin de le dispenser de ce devoir, ne doit servir qu'à l'y astreindre davantage. C'est pourquoi c'est un sentiment fort plausible, que d'admettre le donateur d'une universalité des biens, ou d'une portion considérable, à demander des aliments au donataire, si mieux il n'aime lui restituer ce qu'il possède des choses données.

---

* 2 *Bourjon*, *Don.*, *Tit.* 4, *ch.* 1, *s.* 1 *et* 2*e.* } 1. Le principal engagement du donataire, comme on l'a déjà annoncé dans la partie précédente de ce titre, étant d'être reconnaissant envers le donateur ; s'il manque à cet engagement, il donne lieu à la révocation de la donation ; révocation qui fait la matière de ce Chapitre, et qu'on va examiner.

Voyez M. Soefve, tome 2, cent. 1, ch. 30. M. Ricard, des Donations, dans le préambule du ch. 6, No. 665, page 503.

2. La faveur du contrat de mariage n'affranchit pas la donation portée par icelui de cette révocation, tel engagement étant une suite de toute donation, abstraction faite de l'acte qui la contient : d'où il s'ensuit que la donation faite en faveur, et par contrat de mariage, est révocable, comme toute autre donation, si le donataire devient ingrat envers son bienfaiteur, et que son ingratitude soit constatée telle qu'il va être expliqué par la suite ; c'est la conséquence de ce principe général, et la distinction sur cela n'aurait aucune base raisonnable.

M. Ricard, des Donations, ch. 6, sect. 1, Nos. 681 et 682, page 566. Ce qui est pratiqué au Châtelet.

3. Il en est de même des liaisons du sang entre le donateur et le donataire ; au contraire plus la personne du donataire est proche, plus l'injure de sa part est sensible, et son ingratitude punissable ; et par conséquent loin que la qualité de parent dans la personne du donataire puisse affaiblir l'action en révocation par l'ingratitude, elle lui donne une nouvelle force. Je le pense ainsi.

La donation par contrat de mariage en faveur d'un fils, est sujette à cette révocation. M. Dolive, liv. 4, ch. 4. M. Lapeyrere, let. D, décision 101, pag. 108. Ce qui fonde la proposition.

5. Cette révocation a lieu contre le mineur ingrat, et contre la femme en puissance de mari. Si leur faiblesse les met à l'abri de perdre, elle ne rend pas impuni ce qui est de leur part une espèce de crime ; elle milite donc contr'eux.

M. Ricard, des Donat. troisième part., ch. 6, sect. 1, No. 679, pag. 566, et la proposition suivante qui confirme celle-ci.

6. En effet, cette révocation est la suite d'un délit, de la punition duquel ni l'un ni l'autre n'est exempt. C'est vice de cœur, non suite d'inexpérience. Le bénéfice de la restitution en entier ouvert au mineur, lorsqu'il est lézé, ne peut donc à son égard empêcher l'effet d'un tel vice.

M. le Maistre, tit. 13, pag. 386.

7. La révocation milite contre les enfants du donataire ingrat ; quoique compris dans la donation, leur droit n'est qu'une suite du sien. On a déjà vû qu'en général les liaisons du sang entre le donateur et le donataire, n'y faisaient pas obstacle.

M. Ricard, à la section citée sur l'avant-dernière proposition, No. 685, pag. 567. Il en serait autrement, si la donation contenait vraie substitution en faveur des enfans du donataire. L'ingratitude de ce dernier ne peut nuire aux autres ; mais lorsque la donation ne fait d'eux qu'une simple mention, ils n'y sont censés compris que conformément au Droit commun ; c'est-à-dire qu'autant qu'ils peuvent, quant à ce, succéder au donataire. Ce qu'on verra plus amplement dans le titre des Substitutions.

[ARTICLE 813.]

8. Voyons les actes qui caractérisent le donataire ingrat. Si le donataire a attenté à la vie du donateur, il y a lieu à la révocation de la donation faite à un tel donataire ; tel acte est le comble de l'ingratitude : il doit donc donner lieu à cette révocation. Il y en a d'autres qu'on va examiner.

La preuve de cette cause de révocation, comme des suivantes, est admissible, tant par titres, que par témoins. M. Ricard, des Donations, troisième part., ch. 7, sect. 4, No. 728, pag. 576. En effet, l'ingratitude ne tombe pas en convention ; cette preuve doit donc avoir lieu ; c'est celle d'un délit.

9. De même si le donataire a fait au donateur une injure sensible, c'est ingratitude marquée, et non équivoque ; et par conséquent suffisante pour la révocation.

Voyez sur ces causes de révocation la Loy dernière au Code *de revocandis Donat*. Elle fonde la proposition.

10. De même, et ainsi qu'on l'a déjà vû ci-dessus, en examinant les engagemens qui résultent de la donation contre le donataire, il y a lieu à la révocation, si le donataire refuse de satisfaire aux charges de la donation ; cette ingratitude est d'autant plus marquée, qu'elle est non-seulement contraire à l'engagement tacite, mais encore à un engagement exprès contenu dans la donation.

Cela ne s'entend que lorsque les charges regardent le donateur même, et il faut qu'il y ait négligence affectée. M. Ricard, des Donations, troisième part., ch. 6, sect. 2, No. 699, pag. 570. Voyez M. le Maistre, tit. 13, page 385, et ce qui a été dit ci-dessus à ce sujet.

11. Il y aurait pareillement lieu à cette révocation, si le donataire refusait des alimens au donateur tombé dans l'indigence ; c'est manquement au devoir qui naît de la donation, et c'est ingratitude qui n'est pas équivoque, et par conséquent très-suffisante pour donner lieu à la révocation de la donation.

M. Ricard, des Donations, troisième part., ch. 6, sect. 2, No. 702, page 570. Boerius est d'avis contraire ; mais il n'est pas suivi, si ce n'est que ce refus ne produit pas de plein droit révocation de la donation ; mais il forme un moyen suffisant pour l'obtenir. Voyez M. le Maistre, pag. 385.

12. Toutes les causes qui donnent lieu à l'exhérédation contre les enfans, donnent ouverture à leurs père et mère de

révoquer les donations qu'ils leur ont faites ; elles prouvent une ingratitude suffisante pour la révocation ; autrement ce serait punir un père, et le priver de ses justes armes, par l'effet de sa bonté.

M. Ricard, des Donations, troisième part., ch. 6, sect. 2, No. 690, page 568. Voyez sur ces causes de révocation M. le Maistre, tit. 13, sect. 3, pag. 385, déjà cité sur la proposition précédente.

---

* 9 *Guyot, Vo. Ingratitude.* } INGRATITUDE. Défaut de reconnaissance pour un bienfait reçu.

En jurisprudence l'Ingratitude du donataire envers le donateur, est une juste cause pour révoquer une donation entre-vifs, quoique de sa nature elle soit irrévocable.

Le donataire est coupable d'Ingratitude, lorsqu'il a fait quelque injure grave au donateur ; ou qu'il l'a battu et outragé, qu'il lui a causé de dessein prémédité la perte de ses biens ; lorsqu'il a refusé des alimens au donateur tombé dans l'indigence ; lorsqu'il a attenté à sa vie, ou y a fait attenter par d'autres ; enfin lorsque par affectation il a persisté dans un refus opiniâtre de satisfaire aux clauses de la donation.

Ce droit de révoquer une donation pour cause d'Ingratitude, ne passe pas à l'héritier du donateur, si lui-même ayant connu l'Ingratitude l'a dissimulée, et n'a point agi en justice pour faire révoquer la donation.

Les donations faites par contrat de mariage à l'un des conjoints, sont-elles sujettes à l'action révocatoire pour cause d'Ingratitude ? Oui sans doute. Un donateur qui s'est dépouillé en faveur d'un fils, d'un parent, d'un ami, et qui n'a consenti à se voir exproprié que pour lui procurer un établissement plus avantageux, ne peut pas avoir perdu pour cela le droit de se plaindre de son Ingratitude. Ce serait d'ailleurs un étrange contraste qu'un acte qui tout à la fois imposerait au donataire le devoir de la reconnaissance, et lui assurerait l'impunité, s'il venait à la transgresser. Le même titre ne peut pas favoriser l'Ingratitude, en commandant la reconnaissance ;

et il n'y a aucune règle de droit qui puisse jamais faire fléchir cette règle de la nature et de la raison.

Ce n'est pas tout, c'est un principe général que nous ne devons pas distinguer quand la loi ne le fait pas. Or, la loi qui permet de révoquer les donations pour cause d'Ingratitude, est conçue dans les termes les plus indéfinis : elle comprend toutes sortes de donations, et par conséquent toutes y sont assujetties, soit qu'elles soient écrites dans les contrats de mariage, soit dans d'autres actes. GENERALITER *sancimus* OMNES *donationes, lege confectas, firmas illibatas que manere, si non donationis acceptor ingratus circà donatorem inveniatur.* C'est ce que porte la loi dernière, C. *de revocandis donationibus.*

Il y a cependant des auteurs qui soutiennent le contraire ; mais tous les arrêts (à l'exception d'un seul du parlement de Provence, du 12 juin 1675, rapporté par Boniface), ont condamné cette opinion.

Papon, liv. 11, tit. 2, art. 23, nous en fournit un du 5 janvier 1583.

M. d'Olive, liv. 4, chapitre 5, en rapporte trois rendus au parlement de Toulouse, les 3 février 1628, 19 juillet 1630, et 6 janvier 1637.

On en trouvera plusieurs autres à l'art. INSTITUTION CONTRACTUELLE, section 9.

Enfin, c'est ce qu'a encore jugé un arrêt du parlement de Paris, du 28 août 1782. Lee circonstances en sont remarquables.

Chassagneux, père, né et domicilié à Montbrison, se maria en 1738 : de ce mariage il ne conserva que deux enfans, Julien Chassagneux, et Claude, connu sous le nom de Laverney : le premier se maria en 1770 ; son contrat de mariage porte que son père lui constitue en dot 10,000 liv., en avancement de ses droits paternels.

Claude, dit Laverney, resta seul avec son père et sa mère, depuis cette époque, jusqu'en 1772 : profita-t-il de l'absence de son frère pour indisposer, contre lui, le père commun, ou mérita-t-il, par des soins et des empressemens affectés, la pré-

dilection marquée dont il reçut des preuves dans son contrat de mariage ? Peu importe de connaître les motifs qui ont déterminé le sieur Chassagneux père à le traiter plus favorablement que son fils aîné, qui n'avait jamais démérité auprès de lui ; mais il est constant, dans le fait, qu'il se dépouilla, en sa faveur, de l'universalité de ses biens, et qu'il ne se réserva qu'une simple administration d'une très-petite partie de sa fortune.

Cette faiblesse indiscrète donna bientôt lieu au donataire de lâcher la bride à son caractère, que l'esprit d'intérêt et d'injustice lui avait fait cacher sous les apparences de la complaisance, du respect et de l'amour filial.

Croyant n'avoir plus rien à craindre de celui dont il n'avait plus rien à espérer, il négligea d'abord les devoirs les plus communs : le père eut à essuyer les humeurs et les caprices du fils ; son Ingratitude fit, en peu de temps, bien du progrès ; il refusa les choses de première necessité à celui dont il tenait la vie et toute son aisance. Cette conduite du fils, la situation déplorable du père, donnèrent lieu à des scènes dont tout Montbrison fut témoin.

Le sieur Chassagneux ne pouvant supporter plus longtemps les mauvais traitemens de son fils, eut recours aux tribunaux, et leur demanda de ratifier la révocation qu'il faisait de la libéralité surprise à l'amour paternel. Il articula des faits graves : nous n'en citerons que quelques-uns ; ils sont de nature à exciter l'indignation universelle.

Il accusa son fils de s'être armé d'un bâton, de l'avoir menacé, d'avoir fondu sur lui avec fureur, de l'avoir saisi au collet et par le bras, et l'avoir forcé à prendre la fuite : il se présenta, ajoutait-t il, à la porte de ce fils indigne ; on lui versa, sur la tête, un sceau d'eau, on le repoussa brusquement, et son corps se trouva serré entre la porte et le mur, au point qu'il courut risque d'être estropié.

Cette démarche, qui avait tant coûté à l'amour paternel outragé, ne fit qu'envenimer l'Ingratitude et la haine du fils, qui craignait de se voir arracher le fruit des complaisances

qui avaient tant coûté à l'atrocité de son caractère, qu'il avait si longtemps travaillé à tenir caché sous le masque de l'hypocrisie. On l'a accusé d'avoir osé mesurer ses forces contre celles de son père, et d'être demeuré vainqueur dans cet horrible combat. Sa conduite précédente n'accrédita peut-être que trop promptement ce bruit ; le ministère public rendit plainte, et le sieur Laverney, décrété de prise de corps, d'après les informations, n'obtint son élargissement que sous un plus amplement informé d'un an, qui fut terminé par *un hors de cour* sur cette accusation de parricide. L'arrêt est du 14 avril 1778.

La cause, sur la révocation de la donation, allait être plaidée, lorsqu'une mort inattendue enleva le sieur Chassagneux père. Julien, frère aîné du donataire, reprit l'instance, et conclut à la révocation demandée par son père. La cause portée à l'audience, intervint sentence contradictoire, qui lui donne acte de sa reprise d'instance, et lui permet de faire preuve des faits contenus, tant dans sa requête que dans celle de son père, sauf la preuve contraire : appel de la part de Laverney.

Julien Chassagneux, intimé sur cet appel, s'est d'abord attaché à prouver, 1o. qu'en thèse générale les contrats de mariage ne mettent pas les donations qu'ils contiennent à l'abri de la révocation pour cause d'Ingratitude : 2o. que la sentence, en lui donnant acte de la reprise d'instance, n'avait fait que remplir le vœu de la loi et de la raison, qui autorisent l'héritier à suivre l'action révocatoire commencée par le donateur auquel il succède : et de ces deux propositions, il a tiré la conséquence qu'il devait être admis, comme l'avaient jugé les officiers du bailliage de Montbrison, à la preuve des faits d'Ingratitude dont il s'agissait.

Mais, dans le cours de l'instruction, il a pensé que les présomptions légales qui sortaient du *hors de cour* prononcé par l'arrêt du 14 avril 1778, sur l'accusation de parricide intentée contre Chassagneux Laverney, étaient suffisantes pour déterminer le jugement définitif. Dans cette idée, il a donné une requête pour demander l'évocation du principal, et il a em-

ployé, pour y parvenir, les raisons et les autorités rappelées à l'article INDICE.

Cette défense a eu tout le succès qu'elle méritait. Par l'arrêt cité, la cour a évoqué le principal ; et y faisant droit, a déclaré la donation contractuelle nulle et résolue, et a condamné Chassagneux Laverney aux dépens.

---

* *C. N.* 955, 956, 959. } 955. La donation entre-vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivans :

1o. Si le donataire a attenté à la vie du donateur ;

2o. S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ;

3o. S'il lui refuse des alimens.

956. La révocation pour cause d'inexécution des conditions, ou pour cause d'ingratitude, n'aura jamais lieu de plein droit.

959. Les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude.

---

814. La demande en révocation pour cause d'ingratitude doit être formée dans l'année du délit imputé au donataire, ou dans l'année à compter du jour où ce délit a pu être connu du donateur.

Cette révocation ne peut être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre le donataire ou ses hé-

814. The demand of revocation on the ground of ingratitude must be made within a year from the date of the offence imputed to the donee, or within a year from the day when such offence became known to the donor.

Such revocation cannot be demanded by the donor against the heirs of the donee, nor by the heirs of the donor against the do-

ritiers, à moins que l'action n'ait été intentée par le donateur contre le donataire lui-même, ou, dans le second cas, que le donateur ne soit décédé dans l'année qui a suivi la commission ou la connaissance du délit.

nee or his heirs, unless the action has been commenced by the donor against the donee himself, or unless, in the second case, the donor died within a year after the offence was committed or became known to him.

Voy. autorités sur art. 813 C. C. B. C.

---

* 1 *Ricard*, *Don.*, *part.* 3*e*, *Nos.* 704, 708, 709, 710, 711, 730. } 704. Comme cette action par laquelle la donation est révoquée pour cause d'ingratitude, regarde principalement les personnes et la vengeance de l'injure qui est faite au donateur, et que le retour des choses données n'est qu'accessoire, et une partie de la peine que le donateur a méritée, elle ne passe pas leurs personnes. Si le donateur décède sans avoir poursuivi l'outrage qui lui avait été fait par son donataire, et sans avoir demandé en conséquence la révocation de la donation qu'il lui avait faite, ses héritiers ne seront pas recevables à en commencer l'action. *Hoc placet*, *ut noxa caput sequatur*, *l.* 1, *sub. fin. D. de privatis delict.* Monsieur Maynard, *livre* 6, *chapitre* 83, rapporte à ce sujet un Arrest du Parlement de Toulouse. De même, si le donataire meurt avant que le donateur l'ait inquiété pour raison de son ingratitude, il sera non recevable à le vouloir faire contre les héritiers. *Actionem vero matris ita personalem esse volumus*, *ut vindicationes tantum habeat effectum : nec in hæredem detur*, *nec tribuatur hæredi*, *l.* 1, *l.* 7, *et l. ult. C. de revocand. donationib.*

708. Mais comme ce n'est pas assez de détruire, et qu'il s'agit principalement d'établir la décision que nous cherchons, je crois que pour y parvenir il faut suivre une voye mi-

toyenne : et dire que dans les deux chefs de notre question principale, il n'est pas nécessaire qu'il soit intervenu une condamnation par la raison que nous venons de toucher ; et d'un autre côté qu'il ne suffit pas que l'action soit commencée, mais qu'il faut pour cet effet qu'il y ait contestation.

709. La raison est, que lorsque l'action est attachée à la personne, et que l'intérêt n'y vient qu'accessoirement, il faut nécessairement que l'action soit formée pour attirer cet intérêt : Or l'action ne commence à avoir sa forme qu'au jour de la contestation ; jusques-là l'action est imparfaite, et elle est considérée comme si elle n'avait jamais été ; tous les actes qui ont été faits sans elle demeurent sans effet : de sorte que le demandeur est réputé être demeuré dans les termes d'une simple volonté, et comme s'il n'avait jamais intenté son action : *hic enim non petit, sed petere vult*, dit à ce sujet la Loy *amplius* 15. *D. rem ratam haberi.* Il s'ensuit delà que si l'ingrat décède auparavant la litiscontestation, que comme le donateur n'a droit de faire son action que contre la personne, et que jusques-là l'action n'est point formée, que cette personne ne subsistant plus pour soutenir cette action, qu'il ne peut pas la poursuivre contre les héritiers ; et ainsi que l'intérêt dépendant de l'action, la révocation demeure imparfaite et sans effet.

710. De même, si le donateur décède auparavant son donataire, l'intérêt dépendant de l'action, cet intérêt n'est pas acquis au donateur jusques à ce que l'action soit entièrement formée. Tellement que comme l'action n'acquiert pas la forme auparavant la contestation, si le donateur prédécède, on ne peut pas dire que cette action ni par conséquent l'intérêt qui en dépend, soit dans ses biens. D'où vient que cette action n'appartenant pas aux héritiers de leur chef, et ne la trouvant pas dans la succession, ni parmi les biens du défunt, ils n'y peuvent rien prétendre auparavant la contestation.

711. Mais comme après la contestation l'action est parfaite, elle se transmet aux héritiers avec le reste du bien, et si la prononciation du jugement est transférée après la contesta

tion, ce n'est que pour instruire la Religion des Juges : d'autant que toute personne qui conteste injustement, se constitue en mauvaise foy ; de sorte qu'il est censé condamné dès l'heure qu'il a contesté, et la condamnation qui intervient, rétrograde au jour de la contestation, *l.* 28, § *si ante litem contestatam, D. de petit. hæredit.*

730. Et même quelquefois qu'en ce cas le silence de quelques jours diminue beaucoup de la force de cette action, attendu que les injures sont de la nature des choses qu'il importe de ne pas révéler lorsqu'elles sont tant soit peu couvertes. *Injuriarum actio ex bono et æquo est et dissimulatione aboletur, l. non solum* 11, § *injuriarum, D. de injur. et* § *ult. instit. eod. tit.* Il y va de la prudence du Juge de pacifier ce qu'il importe à l'une et à l'autre des parties de n'être pas révélé, et il doit considérer qu'en semblables occasions l'intention des Loix a plutôt été de retenir les personnes dans leur devoir par la menace que non point par l'effet : puisque c'est le bien de l'une et de l'autre des parties, de n'en pas venir à ces extrémitez ; si bien que la déclaration du donataire, qu'il n'a pas eu dessein de faire injure au donateur, est souvent considérée en ces occasions, se voyant en effet dans la pratique, qu'il y a bien peu de donations révoquées pour ce sujet : non pas que je veuille prétendre que si l'injure est formelle, et qu'il se voye qu'elle ait été faite dans un dessein d'offenser le donateur, que le donataire en fût quitte pour faire une simple déclaration, qu'il reconnaît celui qu'il a injurié pour personne d'honneur : encore que cette reconnaissance fût faite avant que l'action fût commencée, parce que l'injure ayant été faite une fois, il n'est plus au pouvoir du donataire d'en laver le donateur, et de semblables déclarations ne sont admises, même entre personnes étrangères, que quand il s'agit d'injures légères et non pas de celles dont il est ici question : mais j'entends seulement ce que je viens de dire, au cas que ce qui a été dit ou fait de la part du donataire, soit capable d'interprétation. Enfin c'est à faire aux Juges d'appliquer dans les espèces particulières l'effet de la Loy, suivant

son intention, et selon le plus grand bien qui en peut revenir aux parties, lorsque le public n'y est pas intéressé : c'est en quoi consiste le principal but de la Justice.

---

* 2 *Bourjon, Don., Tit.* 4, *ch.* 1, *ss.* 3*e et* 5*e.* } 13. La durée de l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, est différente, et suit la nature de l'acte d'ingratitude qui y donne lieu ; ainsi elle n'est pas uniforme ; ce qui est expliqué par les propositions suivantes.

M. le Maistre, tit. 13, sect. 3, page 389, atteste ce principe général.

14. En effet, cette action étant accessoire à une action principale, dépend de cette dernière, et ne peut pas avoir plus de durée que l'action principale qui la produit, l'effet ne pouvant subsister sans sa cause ; source de la diversité de la durée de cette action.

M. Ricard, des Donations, troisième partie, ch. 7, sect. 4, No. 726, page 576. Voyez les propositions qui suivent, qui contiennent les conséquences qui résultent de celle-ci, qui est encore générale.

15. Déjà il s'ensuit que si l'action en révocation est fondée sur des injures, comme l'action en réparation d'injure est annale, l'action en révocation de la donation, à laquelle elle donne lieu, l'est pareillement, cette dernière n'étant que la suite de l'autre, et ne pouvant par conséquent avoir plus de durée qu'elle.

M. Lapeyrere, let. D, sur le mot *donation*, décision 104, pag. 108. Mais je ne sçai si en cela on ne donne pas la préférence à des idées logiciennes sur l'équité et l'exacte raison, qui demanderaient une plus longue durée, pour un acte si important.

16. Si l'action en révocation est fondée sur ce que le donataire a attenté à la vie du donateur, comme la poursuite de la vengeance de ce crime dure vingt ans, l'action en révocation en ce cas a la même durée. Le même principe qui fonde la proposition précédente, fonde celle-ci.

M. Lapeyrere, à l'endroit qu'on vient de citer. Cette proposition ne peut recevoir la même critique que la précédente. Le délai est suffisant.

17. Lorsque la révocation est fondée sur l'inexécution des charges de la donation, l'action dure trente ans, comme résultante du contrat ; conséquence du même principe. Je souhaiterais que cette durée eût lieu pour tous les cas, où il y a ouverture à la révocation ; cela serait équitable, et les principes n'y recevraient aucune atteinte.

Voyez M. Ricard, au nombre cité sur la deuxième proposition de cette section. En effet, c'est action favorable, et qui naît d'un contrat, et dont la vraye durée est de trente ans.

24. Lorsque le donateur a dissimulé l'ingratitude, et qu'il n'a pas intenté son action en révocation contre son donataire, et qu'il est mort sans l'avoir commencée, cette action ne passe pas à ses héritiers, parce que non-seulement cette action lui est personnelle, mais encore il est censé avoir remis l'injure ; et au moyen de cette remise, son héritier ne peut la faire revivre.

M. Ricard, des Donations, part. 3, No. 704, pag. 572. M. le Maistre, tit. 13. sect. 3, pag. 387, et tel est l'usage du Châtelet.

25. Mais si le donateur avait intenté son action, et qu'il décédât avant le jugement, en ce cas l'action en révocation passe à ses héritiers, et ils ont droit, sur une telle baze, de demander la révocation de la donation faite par leur auteur, et pour laquelle il avait commencé à agir, comme on l'a déjà annoncé.

M. Ricard, des Donations, troisième partie, ch. 6, sect. 3, No. 708, et suivans, pag. 572 et 573. M. le Maistre, tit. 13, sect. 3, pag. 387, et je l'ai entendu ainsi juger au Châtelet, plaidant M. Pillon, et cela me paraît incontestable, puisque ce droit est acquis à la succession.

26. Dans certains cas cette action est déniée au donateur. Il y a fin de non-recevoir contre le donateur, lorsqu'il a remis l'injure ; ce qui résulte de ce que dessus. On va voir ce qui peut fonder une telle remise ; c'est ce qui reste à examiner.

Son silence jusqu'à sa mort suffit même pour cela. M. Ricard, des Donations, troisième partie, ch. 6, sect. 3, No. 704. Ce qui fonde la proposition générale.

27. Outre le silence du donateur, jusqu'à sa mort, qui fait remise tacite de l'injure ; il y en a remise tacite de sa part, lorsqu'il y a réconciliation ; mais la réconciliation, quoique favorable, doit être prouvée, et lorsqu'elle est prouvée, il n'y a plus lieu à la révocation, la réconciliation effaçant tout fait antérieur.

Voyez le Chapitre de l'Exhérédation, où cela est établi ; et cela s'applique ici.

28. Après les temps ci-dessus marqués, le donateur est non-recevable à intenter sa demande en révocation, parce que cette action n'étant que la suite et l'accessoire d'une autre action, ne peut avoir plus de durée que cette dernière ; ainsi le tems l'efface.

Voyez la section 3 ci-dessus. L'ordre exige ces sortes de répétitions.

---

* 8 *Pothier, Don.*, *No.* 192 *et s.* } 192. Pour qu'il y ait lieu à la révocation de la donation, il faut que ce soit le donataire lui-même qui ait commis l'offense. Celle faite par le tuteur, par le père et gardien, n'y donne pas lieu.

Par la même raison, lorsque la donation a été faite à la femme, l'offense commise par son mari n'y donne pas lieu. Lorsqu'elle a été faite à une église, l'offense commise par le titulaire n'y donne pas lieu.

193. Le mari et le titulaire ne doivent-ils pas être privés du droit qu'ils ont de jouir des choses données ? Je ne le pense pas ; car, ni le mari, ni le titulaire ne sont donataires. L'injure par eux commise n'est pas une injure commise par un donataire, mais une injure ordinaire qui ne doit être punie que des peines ordinaires, et non, en aucune manière, par la peine de la révocation de la donation, qui est une peine propre à l'offense commise par le donataire.

Qu'on n'oppose pas ce que nous avons décidé dans notre *Traité des Fiefs*, " que l'offense commise par un mari, ou par un titulaire d'un bénéfice, envers le seigneur du fief, était

punie par la privation du droit de jouir de ce fief, qu'avait, soit le mari, soit le titulaire." La raison de différence est que le mari est vassal pour les propres de sa femme ; le titulaire d'un bénéfice est vassal pour les fiefs de son église, et par conséquent ils sont sujets aux peines des vassaux ; mais le mari n'est pas donataire des biens donnés à sa femme, ni le titulaire donataire des biens donnés à son église ; et par conséquent ils ne doivent pas être sujets aux peines propres aux donataires.

Que si l'offense est commise par le donataire lui-même, il y a lieu à la révocation de la donation, quand même il serait mineur ; car la minorité n'exempte pas de la peine des délits qui se commettent par malice. *In delictis neminem ætas excusat ;* et ailleurs : *Ætati et imprudentiæ, non etiam malitiæ venia tribuitur.*

194. Pour qu'il y ait lieu à la révocation des donations, il faut aussi que ce soit envers le donateur lui-même que l'offense ait été commise. Celle faite à ses enfants ou autres héritiers, n'y donne pas lieu. C'est ce qui est décidé par la loi première, Cod. *de Revocand. Donat. Hoc jus stabit inter ipsos tantum, qui liberalitatem dederint : cæterùm, nec filii eorum, nec successores ad hoc beneficium pertinebunt.*

Cela est sans difficulté, lorsque l'offense est commise après la mort du donateur, envers ses enfants ou sa veuve ; car n'étant faite qu'après sa mort, elle ne peut rejaillir sur lui, ni être censée faite à lui-même.

195. Mais y aurait-il lieu à la révocation de la donation, si l'injure avait été faite du vivant du donateur, à sa femme ou à ses enfants, puisque telle injure rejaillit sur la personne du donateur, et est censée faite à lui-même, suivant ce que Justinien enseigne Inst. *titulo de Injur.*, § 2o. : *Patitur quis injuriam non solùm per semetipsum, sed etiam per liberos suos, item per uxorem suam ?*

Pour répondre à cette question, je dis qu'encore que l'injure faite à notre femme et à nos enfants, soit censée faite à nous-mêmes, néanmoins celle qui nous est faite dans leur personne,

ne nous est pas si griève que celle qui nous est faite dans notre propre personne. Les mêmes injures qui, faites à notre propre personne, donneraient lieu à la révocation de nos donations, lorsqu'elles nous sont faites dans la personne de notre femme ou de nos enfants, n'y donneront pas lieu, à moins qu'elles ne soient extrêmement grièves.

196. L'injure faite après la mort du donateur à sa mémoire, pourrait être assez atroce pour donner lieu à la révocation de la donation, si, par exemple, un donataire se rendait calomnieusement dénonciateur, après la mort du donateur, d'un crime pour lequel on fît le procès à sa mémoire ; ou si, par fanatisme, il le privait de la sépulture.

197. Les donations, quoique faites *en faveur de mariage*, sont sujettes à cette révocation.

Les *rémunératoires* et les *onéreuses* y sont sujettes jusqu'à concurrence de ce qu'elles excèdent le prix des services ou des charges.

Les *mutuelles*, si nous suivons le sentiment de Ricard (*Du Don mutuel*, ch. 5, sect. 5), n'y sont pas sujettes. On a jugé, par arrêt du 18 décembre 1714, rapporté au 6e tome du *Journal des Audiences* (liv. 4, ch. 56), qu'elles y étaient sujettes. La raison est que, dans les donations mutuelles, on doit présumer que c'est l'amitié que j'ai pour le donataire, qui est le principal motif qui m'a porté à donner, quoique l'espérance de profiter de celle qu'il me fait réciproquement, y entre pour quelque chose ; en quoi ces donations diffèrent des contrats aléatoires ; c'est pourquoi elles exigent de la gratitude et elles doivent être révocables, lorsque le donataire manque à ce devoir.

198. Les remises faites à des débiteurs n'y sont pas sujettes, lorsqu'elles n'ont pas été faites par principe de libéralité, mais par transaction, pour éviter un procès ; par contrat d'atermoiement, pour faciliter le paiement ; autrement elles y seront sujettes.

199. La donation pour le titre clérical n'y est pas sujette, à

moins que le donataire ne fût pourvu d'un bénéfice qui lui en tînt lieu. La raison est que la révocation pour cause d'ingratitude, contient une espèce de commise des choses données au profit du donateur ; or, c'est une maxime, que *qui ne peut s'aliéner ne peut se commettre ;* d'où il suit que le titre clérical étant inaliénable, tant que le clerc n'est pas pourvu d'un bénéfice, il ne le peut commettre par son ingratitude.

Nec obstat ce que nous avons dit ci-dessus, " que le mineur pouvait commettre les choses à lui données, pour cause de son ingratitude." La raison de différence est que les héritages du mineur ne sont inaliénables qu'en faveur du seul mineur ; de laquelle faveur il s'est rendu indigne par son délit, au lieu que le titre clérical est inaliénable, non-seulement en faveur de l'ecclésiastique, mais en faveur de l'Eglise.

Que si l'offense commise par le clerc donataire était telle, qu'il ait été puni, pour raison de cette offense, de la mort civile, ou de la dégradation, en ce cas la personne n'appartenant plus à l'Eglise, rien n'empêcherait la révocation des biens à lui donnés pour titre clérical.

---

* *C. N.*, 957. } La demande en révocation pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année, à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur.

Cette révocation ne pourra être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, et par les héritiers du donateur contre le donataire, à moins que, dans ce dernier cas, l'action n'ait été intentée par le donateur, ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit.

[ARTICLE 815.]

815. La révocation pour cause d'ingratitude ne préjudicie ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges par lui imposées, antérieurement à l'enregistrement de la sentence de révocation, lorsque l'acquéreur ou le créancier a agi de bonne foi.

Dans le cas de révocation pour cause d'ingratitude, le donataire est condamné à restituer la chose donnée s'il en est encore en possession, avec les fruits à compter de la demande en justice ; si le donataire a aliéné la chose depuis la demande en justice, il est condamné à en rendre la valeur eu égard au temps de la demande.

815. Revocation on the ground of ingratitude does not prejudice alienations made by the donee, nor hypothecs or other charges created by him, previously to the registration of the judgment of revocation, when the purchaser or creditor has acted in good faith.

In cases of revocation on the ground of ingratitude the donee is condemned to restore the thing given, if it be still in his possession, together with its fruits from the date of the judicial demand ; if he have alienated it since such demand, he is condemned to restore what is was worth at the time of the demand.

---

* 2 *Bourjon, Don., Tit.* 4, *ch.* 1, *s.* 4*e.* } 18. Le donataire ingrat, et dont l'ingratitude a donné lieu à la révocation de la donation qui lui avait été faite, ne doit la restitution des fruits de la chose à lui donnée, que du jour de la demande en révocation de la donation; il aurait été trop rigoureux de porter au-delà l'effet de la révocation ; c'est au donateur à agir, et à faire valoir son droit.

M. Ricard, des Donations, troisième part., ch. 6, sect. 4, No. 73, pag. 577 et la proposition qui suit, qui confirme celle-ci.

19. Cela est fondé sur ce que jusqu'à ce jour le donataire, malgré son ingratitude, a été possesseur de bonne foi. L'acte d'ingratitude ouvre bien le droit à la révocation, mais n'est pas suffisant pour le constituer possesseur de mauvaise foi. Il n'y a que la demande en révocation qui puisse produire cet effet.

M. Ricard, No. cité sur la proposition précédente. M. le Maistre, tit. 13, sect. 3, p. 389.

20. Venons à l'effet de cette révocation contre l'héritier. L'action en révocation pour cause d'ingratitude, n'a pas lieu contre l'héritier du donataire ingrat, contre lequel le donateur ne s'est pas pourvû, sauf l'exception ci-après expliq uée En effet, la mort du donataire efface en ce cas cette action ; mais elle a lieu contre l'héritier, si le donateur l'a intentée contre le donataire.

M. le Maistre, tit. 13, sect. 3, pag. 387, et la proposition qui suit, qui explique celle-ci.

21. Cela est fondé sur ce que le donateur est présumé avoir remis l'injure ou l'ingratitude du donataire, contre lequel il ne s'est pas pourvû ; présomption qui cesserait, si le donataire était mort incontinent après l'injure, parce que les présomptions ne tendent qu'à découvrir la vérité, et non pas à l'étouffer. Or l'événement du décès incontinent après l'injure, ne permet pas d'admettre cette présomption. Je le pense ainsi.

Voyez M. le Maistre, tit. 15, sect. 3, pag. 387.

22. Quant à un tiers autre que l'héritier du donataire, la révocation pour cause d'ingratitude, et même prononcée par le Juge, ne milite pas contre des tiers acquéreurs, qui ont acquis de bonne foi du donataire ingrat, parce que cette révocation procède d'une cause nouvelle, et non d'une cause inhérente au contrat ; ainsi tout leur droit subsiste, nonobstant une telle révocation, de même que celui des créanciers du donataire, comme on verra, par rapport à ces derniers, par la proposition qui suit ; ce qui prouve celle-ci.

M. Ricard, des Donations, troisième part., ch. 6, sect. 3, No. 714, page 573. Mais dans le cas de la vente le donataire doit rendre le prix ; c'est le sentiment de M. du Moulin sur l'art. 33, gl. 1, No. 57, de M. le Maistre, pag. 387, restitution où tous les principes ci-dessus sont conservés, et elle me parait incontestable.

23. Cette révocation étant prononcée, toutes les hypothèques sur la choses donnée du chef du donataire ingrat, subsistent. Ses créanciers ont sur la chose plus de droit que lui : c'est un droit acquis, qu'ils n'ont pû perdre par le fait de leur débiteur ; c'est la conséquence qui résulte de la précédente proposition.

Le mari pour l'ingratitude de sa femme envers la personne qui l'a dotée, n'est pas privé de la dot, *patrona dotem pro liberta promissam quod extiterit ingrata, non retinebit*, Loy 69, § *de jure dot.* Ce qui prouve la proposition. Voyez M. le Maistre, pag. 386, et ce que dit M. Ricard, des Donations, ch. 6, sect. 4, No. 720, pag. 574, où il confirme la proposition que la revocation de la donation, par l'ingratitude du donataire, ne peut préjudicier à l'hypothèque acquise à ses créanciers.

---

* 15 *Guyot*, *Vo. Révoc. de donat.*, *p.* 701 *à* 704. } Relativement aux tiers, il semblerait du premier coup-d'œil, que la Révocation pour cause d'ingratitude dût anéantir tous les droits qu'ils avaient acquis sur le bien donné, par la raison que le donataire, de qui ils le tiennent, est regardé comme n'ayant jamais possédé, et que le bien retourne au donateur avec la qualité de propre, lorsqu'il l'avait avant la donation, et sans donner ouverture aux droits seigneuriaux.

Cependant il faut distinguer si la Révocation pour ingratitude est fondée sur le refus du donataire d'exécuter les engagemens auxquels la donation l'assujettit, ou sur l'une des quatre autres causes qui peuvent y donner lieu.

Dans le premier cas, dit Furgole, chapitre 10, section 1, No. 154, " le donateur pourrait évincer les tiers acquéreurs, " même à titre onéreux, s'ils ne voulaient eux-mêmes accom-" plir les charges et conventions, parce que les charges impo-" sées *in traditione rei*, lui impriment une espèce de caractère

" qui la suit en quelques mains qu'elle passe ; que la résolu-
" tion se fait *ex causa antiqua*, et en vertu d'une condition qui
" doit avoir un effet rétroactif ; et que le droit du donataire
" étant résolu, celui de son acquéreur, ou de toute autre per-
" sonne qui le représente, se trouve résolue par voie de con-
" séquence, suivant cette maxime, *resoluto jure dantis, resol-*
" *vitur jus accipientis*. L. 31, D. *de pignoribus*."

Ricard, *des donations*, partie 3, n. 724, établit la même doctrine ; mais il la restreint aux donations qui contiennent une clause résolutoire pour le cas d'inexécution des engagemens contractés par le donataire ; et en cela il se trompe visiblement. " La seule imposition des charges, dit Furgole, ren-
" ferme implicitement la résolution de la donation, en cas
" qu'elles ne soient pas exécutées, attendu qu'elles sont comme
" la condition et la cause finale sans laquelle la donation
" n'aurait pas été faite, comme l'observe fort bien M. le prési-
" dent Favre dans son code ; cela est même fondé sur la loi 2,
" § dernier, D. *de donationibus*, qui ne fait aucune différence
" entre la cause finale et la condition, par rapport à la réso-
" lution de la donation."

Dans le second cas, il faut sous-distinguer entre les droits acquis par des tiers après la demande en Révocation, et ceux qui ont été acquis auparavant.

Les premiers s'anéantissent par la Révocation ; la loi 7, D. *de revocandis donationibus*, le décide ainsi, et cela est fondé sur le principe qu'une chose litigieuse ne peut être aliénée par le défendeur au préjudice du demandeur.

Il en est autrement des seconds ; la loi citée déclare que toutes les aliénations, et par conséquent toutes les constitutions d'hypothèques ou d'autres charges réelles, subsistent nonobstant l'ingratitude du donataire, lorsqu'elles ont été faites avant la demande en révocation ; et quoique la disposition de ce texte paraisse littéralement bornée au cas d'une donation faite par une mère à ses enfans, elle ne laisse pas d'être générale et commune à toutes les donations, n'importe par qui elles soient faites. En vain dirait-on que la Révoca-

tion pour survenance d'enfans a constamment effet contre les tiers, en quelque temps qu'ils aient acquis ; le principe est vrai, mais on n'en peut rien conclure ici. " Ceux qui contrac-" tent avec le donataire, dit Furgole, peuvent et doivent na-" turellement prévoir la survenance des enfans, mais ils ne " doivent pas prévoir le cas d'ingratitude, parce que c'est une " espèce de crime odieux dont on ne doit pas penser que le " donataire soit capable, *nefas est hujusmodi casum expectare*, " par l'argument de la loi 83, § 5, D. *de verborum obligationi-" bus*. Voilà pourquoi on doit attribuer un effet rétroactif à " la condition sous-entendue dans le cas de la loi *si unquam;* " mais il en doit être autrement dans celui de l'ingratitude " par rapport à ceux qui ont contracté avec le donataire. Il y " a encore une autre différence, en ce que la survenance des " enfans révoque la donation de plein droit, au lieu que l'in-" gratitude n'opère pas le même effet, parce qu'elle gît en " connaissance de cause, et qu'elle dépend de la volonté du " donateur.

Cette décision admet cependant une exception dans un cas; c'est lorsque les aliénations ont été faites, ou les charges réelles établies après l'ingratitude commise, et qu'on peut prouver qu'elles l'ont été en fraude du donateur : mais pour cela, il ne suffit pas que le donataire, en aliénant ou chargeant le bien ait eu l'intention de frauder, il faut encore que l'acquéreur ou le créancier ait eu connaissance de cette intention ; connaissance qu'on pourrait néanmoins présumer aisément, s'ils savaient, lors de l'aliénation ou de l'hypothèque, que le donataire était tombé dans un des cas qui ouvrent la Révocation par ingratitude : c'est ce qu'enseignent uniformément Dumoulin, Perezius, Ricard et Furgole.

C'est une grande question si, lorsque le donataire a aliéné, le donateur peut, en révoquant la donation par ingratitude, l'obliger à l'indemniser, c'est-à-dire, à lui rendre la chose ou l'argent qu'il a tiré de l'aliénation. Ricard et Pothier soutiennent la négative ; le premier se fonde d'abord sur ce que la Révocation n'est qu'un accessoire de l'action d'ingratitude,

que l'objet direct et principal de cette action est la vengeance de l'injure, et qu'ainsi la donation ne se révoque que par l'effet éloigné et accessoire de la peine que l'ingratitude a méritée.

Furgole combat cette raison. " Il est bien vrai, dit-il, que " l'ingratitude produit la Révocation, et qu'on peut dire dans " ce sens, que la Révocation est accessoire ; mais il n'est pas " également vrai que les biens donnés ne soient qu'un objet " subordonné à l'injure, et qu'ils n'en fassent part qu'acces- " soirement ; car les lois n'imposent d'autre peine à l'ingrat " que la Révocation de la donation. Elles considèrent les " biens comme l'unique objet de la Révocation, et non pas la " seule vengeance de l'injure ; en sorte que l'injure n'est pas " proprement le fondement de l'action, mais elle est la condi- " tion qui donne naissance à l'action, pour faire résoudre la " donation, tout comme dans le cas de la loi *si unquam.*"

Une autre raison de Ricard est que la loi 7, C. *de revocandis donationibus*, n'oblige le donataire qu'à rendre ce qu'il tient à titre de donation : *Quidquid igitur is qui à matre impietatis arguitur ex titulo donationis tenet, matri cogitur reddere.* Pothier, se fonde également sur ce texte. " Une disposition pénale " telle qu'est celle-ci, dit-il, doit être renfermée dans ses " termes. Or le sens oblique de ceux-ci, *quidquid titulo dona-* " *tionis tenet*, ne comprend que les choses mêmes qui ont été " données, et non pas ce que le donataire a acquis du prix de " ces choses ; car il n'est pas vrai de dire qu'il les possède " *donationis titulo.*"

Mais doit-on être si subtil lorsqu'il s'agit de punir un ingrat ? ne doit-on pas plutôt dire avec Dumoulin, que ces mêmes termes comprennent tout ce que le donataire se trouve avoir des bienfaits du donateur, non seulement immédiatement et directement, mais même médiatement ? L'équité le demande sans doute ; et si l'on veut s'assurer par un exemple, que son vœu est conforme aux décisions du droit, il n'y a qu'à jeter les yeux sur les lois 70, 71 et 72, D. *de legatis* 2o. Un testateur ordonne à son héritier de rendre à un tiers tout ce qui lui restera de l'hérédité après un certain temps, *quidquid ex hære-*

ditate supererit. L'héritier vend quelques biens du défunt, et en emploie le prix, soit à de nouvelles acquisitions, soit au payement de ses propres dettes. On demande si ce prix doit faire partie des objets dont la restitution est ordonnée, et les lois citées déclarent qu'oui, par la raison que *non absumitur quod in corpore patrimonii retinetur.* Sans doute si l'on étend de la sorte contre un héritier grevé de fidéi-commis, les termes *quidquid ex hæreditate supererit*, on peut bien, pour punir un donataire ingrat, ne pas restreindre, comme le font Ricard et Pothier, les termes *quidquid donationis titulo tenet.*

Furgole va plus loin, et soutient que dans le cas de l'aliénation à titre gratuit, le donataire doit être condamné à rendre au donateur l'estimation de la chose. " Il n'est pas " juste, dit-il, qu'ayant commis un crime qui emporte la " Révocation du bienfait qu'il avait reçu, il en tire cet avan- " tage d'avoir gratifié un autre aux dépens des biens donnés, " sans compter qu'il est bien vrai que la condition tacite qui " fait révoquer la donation lorsque le donataire est ingrat, " ne doit pas à la vérité nuire aux acquéreurs du donataire " à titre onéreux ou gratuit ; mais par rapport à lui, la dona- " tion doit être considérée comme si elle n'avait pas été faite, " et il doit rendre les biens tels qu'il les a reçus, ou du moins " indemniser le donateur par le remplacement de la valeur." C'est aussi le sentiment d'Auroux des Pommiers dans son commentaire sur la coutume de Bourbonnais, art. 225, n. 32.

On devine bien que cette doctrine n'est avouée ni de Ricard ni de Pothier ; ces auteurs donnent même dans l'extrémité opposée : ils soutiennent que, dans le cas d'échange, le donataire ingrat ne doit pas être obligé de rendre au donateur les choses qu'il a reçues en contr'échange des objets dont celui-ci l'avait gratifié. " La loi, disent-ils, a voulu seulement que " ce qui était le gage de l'amitié ne demeurât pas en la pos- " session de l'ingrat ; ce qui ne convient qu'à la chose même " qui a été donnée."

Encore une fois, c'est trop subtiliser pour dérober un ingrat à la peine qu'il mérite. L'échange est de tous les contrats

celui qui opère le plus naturellement la subrogation d'une chose à l'autre : pourquoi ne produirait-il pas cet effet contre un donataire qui s'est rendu indigne des bienfaits du donateur ? Il le produit bien, suivant l'une des trois lois citées plus haut, contre un héritier grevé de substitution !

Au reste, il y a plusieurs cas où il ne peut y avoir, relativement à toutes ces questions, le moindre doute sur le parti que nous adoptons d'après Dumoulin.

Le premier est lorsque l'aliénation, à quelque titre qu'elle ait été faite, est postérieure à l'ingratitude commise, quoiqu'antérieure à l'instance en Révocation : " Il ne me semble " pas douteux, dit Furgole, que le donataire ne doive alors " remplacer ou indemniser le donateur, parce qu'il est dans " une mauvaise foi visible, et que son dol doit le faire consi- " dérer comme possesseur de la chose aliénée, suivant la loi " 131, D. *de regulis juris*." S'il en était autrement, il n'est point de donataire qui, après être tombé dans un des cas marqués pour la Révocation par ingratitude, n'aliénât, pour se mettre à couvert de toutes poursuites, la chose qu'il tient de la libéralité du donateur.

Le deuxième cas est lorsque la donation consiste dans une somme de deniers. Comme on ne considère pas dans l'argent les corps de monnaie, mais la valeur qu'ils contiennent, on ne peut guère dire que le donataire ait aliéné l'argent qui lui a été donné, puisque, même en le dépensant, il a épargné le sien.

Le troisième cas est celui de la donation d'un fonds de boutique : " Quoique ce ne soient pas les mêmes choses ni les " mêmes marchandises, dit Pothier, mais d'autres qui aient " succédé à celles qui y étaient lors de la donation, c'est tou- " jours le même fonds qui a été donné, et qu'ainsi elle est " révocable jusqu'à concurrence de sa valeur lors de la do- " nation."

Le quatrième cas est lorsque le donataire n'a fait qu'hypothéquer le bien. Ricard lui-même convient qu'il est tenu, après la Révocation, de rapporter au donateur une décharge

de l'hypothèque : " La raison en est, dit-il, qu'en ce cas la " chose donnée était toujours demeurée vers le donataire. Il " en avait toujours été le véritable possesseur, et l'engage- " ment qu'il en avait fait était relatif à une obligation princi- " pale, laquelle demeurant particulièrement, c'est lui qui la " doit acquitter, et qui est tenu de décharger l'héritage qui " n'y était qu'accessoirement obligé."

Quel est l'effet de la Révocation par rapport au fruits ? Dumoulin prouve très-clairement qu'ils ne doivent pas être restitués depuis la donation ; et en effet, ils n'en font pas partie, suivant la loi 9, § 1, D. *de donationibus.*

Mais le donataire n'est-il pas obligé de restituer tous ceux qu'il a perçus depuis l'ingratitude commise ? Ripa, dans sa question 66 sur la loi dernière, C. *de revocandis donationibus*, soutient l'affirmative, et il se fonde sur ce que du moment où le donataire se rend ingrat, il devient possesseur de mauvaise foi. Il est aisé de sentir tout le faux de cette raison. La Révocation par ingratitude ne se fait pas de plein droit ; il faut, pour lui donner effet, que la personne à qui appartient le droit de l'exercer, fasse connaître sa volonté, et par conséquent, tant que le donataire n'est point poursuivi, il a un titre légitime pour faire les fruits siens, et il ne peut être attenu qu'à la restitution de ceux qu'il a perçus après la demande judiciaire. Furgole, à l'endroit cité, n. 166, dit qu'il en a été ainsi jugé " par arrêt du parlement de Toulouse du 6 septembre " 1724, rendu en faveur de Me. Pauradé, procureur au parle- " ment, contre le sieur de Giscare."

---

* 1 *Ricard, Don.*, 3e *part.*, *No.* 714 *et s.* } 714. Mais quoiqu'il en soit, de ce que nous avons dit au commencement de ce chapitre, que la révocation qui se fait pour l'ingratitude du donataire, procède d'une cause extrinsèque, et qui survient depuis la solemnité du contrat, et la perfection entière de la donation, il résulte que lorsque cette révocation a lieu, le donateur ne peut prétendre le retour de la chose

donnée, qu'en l'état qu'elle est au jour de son action. Son droit ne peut faire préjudice à celui qui était acquis à un tiers, qui a pû avec raison, et dans les règles, contracter avec le donataire ; puisqu'il était en vertu de la donation le possesseur incommutable de la chose donnée.

715. Et même comme cette révocation ne se fait qu'avec connaissance de cause, et en vertu de l'action du donateur, le donataire ne demeure interdit de pouvoir disposer de la chose donnée, que depuis le jour de l'action. Tellement que ce qu'il a fait jusques alors, même depuis l'ingratitude commise, doit tenir au profit de ceux avec lesquels il a contracté ; sauf au donateur à se pourvoir par l'action *quæ in fraudem credit*, s'il prétend que ce qui a été fait par le donataire, a été particulièrement dans le dessein de le frauder. Mais hors ce cas, les ventes, les donations, les hypothèques, les engagemens, et toutes les autres aliénations tiennent au préjudice du donateur, et ne sont nullement sujettes à son droit de révocation. *Cæterum ea quæ adhuc matre pacifica jure perfecto sunt, et ante inchoatum cæptumque jurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, cæterisque causis legitimè alienata minimè revocamus, l. 7, § cæterum, C. de revocand. donat. et l. 2, C. de libertis.*

716. Maître Charles du Molin, en son Commentaire sur la Coutume de Paris, § 33, *gl.* 1, *nomb.* 57, forme à ce sujet une question qui ne reçoit pas peu de difficulté : Sçavoir si le donataire qui a vendu, ou autrement engagé la chose donnée, est tenu d'en rendre le prix au donateur au cas de cette révocation ? Cet Auteur conclut pour l'affirmative, par cette considération, qu'il n'est pas juste qu'ayant commis un crime qui emporte la révocation du bienfait qu'il avait reçu, il en retienne encore quelque avantage.

717. Les principes de cette espèce de révocation m'emportent dans l'opinion contraire, contre l'inclination que j'ai de suivre les sentimens d'un Auteur si docte et si judicieux. Et en effet nous avons fait voir que la révocation n'est qu'accessoire de l'action d'ingratitude, que cette action ne requiert directement que la vengeance de l'injure, et que la révocation

de la chose donnée ne fait part qu'accessoirement de la peine qu'a mérité l'ingratitude : Par cette considération qu'il n'est pas juste que le donataire conserve le gage d'une amitié, dont il a violé les loix et s'est rendu indigne, et qu'il retienne la possession d'une chose que le donateur aurait peine à voir entre ses mains. De sorte que lorsque l'action d'ingratitude est intentée après que le donataire a mis la chose donnée hors de sa possession, l'effet de la révocation cesse absolument, et l'injure qui a été faite au donateur, doit être punie par une autre voye : Et la Loy même nous fait voir qu'elle ne considère nullement cette particularité, et ne veut pas entrer dans cette discussion de considérer s'il reste entre les mains du donataire quelque profit de la chose donnée : puisqu'elle met en même parallèle le cas de vendition et de donation. *Vendita, donata, permutata, in dotem data.*

718. Il semble du moins que l'avis de du Molin doit avoir lieu, au cas que la chose donnée consistant en immeuble, ait été échangée contre un autre immeuble qui soit en la possession du donataire, en conséquence de cette maxime, que la chose qui est reçue en échange, retient la nature de la chose échangée, *subrogatum sapit naturam subrogati.*

719. Cette espèce particulière ne me fait pourtant pas changer d'opinion ; vû que cette subrogation n'est point réelle, elle n'est censée faite que par fiction, et pour quelques effets particuliers seulement. Car on ne dira point que l'héritage tenu en roture pris en échange pour un fief, retienne la nature de l'héritage féodal, et encore moins que celui qui tenait autrefois le fief, et qui par l'échange est devenu possesseur d'une roture, confisque cette roture par sa félonie commise contre le Seigneur dominant du fief, comme il eût fait le fief, s'il l'eût conservé jusques alors, et comme il serait, s'il était véritable absolument, que la chose prise en échange, retint toutes les qualitez de la chose échangée. Ce qui fait voir très à-propos que cette maxime ne peut pas être appliquée à notre question, puisque ce que nous appellons la félonie d'un vassal envers son Seigneur dominant, n'est autre chose que l'ingra-

titude d'un donataire envers son bienfaiteur. D'où il s'ensuit, que comme la commise du Seigneur n'aurait pas de lieu au premier cas, et que ce serait soutenir un paradoxe que de le prétendre, que la révocation ne peut aussi avoir d'effet au second en faveur du donateur, vû même que nos Feudistes ont étendu bien plus avant l'effet de la félonie, que nous ne faisons pas celui de la révocation pour cause d'ingratitude, sous prétexte de ce principe, qu'ils prétendent que la commise et la confiscation qui s'acquiert au Seigneur par la félonie et l'ingratitude de son vassal, lui est due *ex antiqua causa.*

720. Que si la chose contenue en la donation n'était qu'hypothéquée ou engagée purement et simplement, j'estimerais en ce cas que l'opinion de Maître Charles du Molin devrait être suivie, et le donateur la révoquant demeurerait à la vérité obligé envers les créanciers de son donataire, mais que le donataire serait tenu d'en faire décharger le donateur. La raison de différence est, qu'en ce cas la chose donnée était toujours demeurée vers le donataire, il en avait toujours été le véritable possesseur, et l'engagement qu'il en avait fait était relatif à une obligation principale, laquelle demeurant particulièrement attachée à la personne du donataire, c'est lui qui la doit acquitter et qui est tenu de décharger l'héritage, qui n'y était qu'accessoirement obligé.

721. Si le donataire avait transmis l'usufruit de la chose donnée à un autre, j'estime qu'il en faudrait dire autrement, et que non seulement la révocation n'aurait pas la vertu d'interrompre cet usufruit : comme si une femme à laquelle la donation avait été faite était mariée, ou quoique ce soit se marie depuis la donation, la révocation n'aurait pas d'effet au profit du mary ; mais aussi que la femme donataire ne serait pas tenue d'en indemniser son donateur qui viendrait à révoquer pour cause d'ingratitude.

722. Je me fonde pour autoriser cette résolution, sur ce que la constitution d'usufruit est une espèce d'aliénation de la propriété : attendu que les fruits à écheoir, et dont l'existence est encore renfermée dans la terre qui les doit produire, com-

posent une partie du fonds. *Quam fructus portionis instar obtinet, l. cum filius* 76. *D. de legat.* 12. D'où vient que la Loy *naturaliter* 12. *D. de acquir. possess.* dit à ce sujet, *naturaliter videtur possidere is qui usumfructum habet :* ou du moins pour parler plus proprement avec le grand Papinien en la Loy *Mœvius* 66. § *fundo, D. eod usufructus etsi in jure, non in parte consistat, emolumentum tamen rei continet.* De sorte que comme nous avons dit ci-dessus, que la donation de la propriété de la chose donnée, empêche la révocation pour cause d'ingratitude, il n'y a pas de difficulté qu'il en faut dire de même à proportion que l'aliénation en est faite ; vû que la différence qu'il y a de la partie au tout, n'apporte aucune raison particulière d'en décider autrement en cette rencontre.

723. Combien que ce que nous venons de dire, que cette révocation n'a point d'effet rétroactif au jour du contrat, de sorte que les aliénations que le donataire a fait jusques au jour de l'action tiennent au préjudice du donateur, soit vrai en général : Il semble que cette doctrine doive recevoir son exception, au cas que la révocation soit faite en conséquence de l'inexécution des clauses auxquelles le donataire s'était soumis par l'acte de donation : d'autant qu'on peut dire que la raison de notre résolution principale cesse en ce cas, puisque cette révocation trouve son fondement dans le contrat même de donation, et qu'elle ne part point d'un principe purement extérieur, comme les autres.

724. Néanmoins ce raisonnement est captieux, étant bien vrai que le donateur, du moins parmi nous, où les contrats emportent hypothèque de leur nature, et sans stipulation, a hypothéqué du jour de la donation pour l'exécution des charges qu'il a imposées à la donation, et que les choses y comprises lui sont particulièrement affectées par l'entretenement des conditions qu'il a stipulées, entre les mains de quiconque elles puissent passer ; mais pour ce qui regarde la révocation entière de la donation en vertu de notre Loy, quoiqu'elle tire en quelque façon son origine de ces conditions, elle n'a pourtant pour véritable principe que l'ingrati-

tude du donataire, et ne peut par conséquent, aux termes de ce que nous avons établi, être considérée que du jour de l'action qui en résulte, étant même à observer que ce chef de révocation a son premier fondement sur la condition ou répétition qui est attribuée indistinctement au donateur par les Loix du titre au Code, *de condit. ob caus. dator.* lorsque le donataire ne satisfait pas aux charges qui lui ont été imposées par le contrat, auquel cas ces Loix n'accordent pareillement au donateur qu'une action personnelle contre le donataire : ce qui ne reçoit exception qu'en faveur des alimens en vertu d'une constitution expresse qui est insérée en la Loy 1, *C. de donat. quæ sub modo*, qui leur donne ce privilège, que si ayant été stipulez dans le contrat de donation, le donataire manque à y satisfaire, le donateur puisse vendiquer la chose donnée entre les mains du tiers détenteur.

725. De sorte que la véritable décision de cette question particulière, consiste à dire que si le donateur veut se contenter de poursuivre l'exécution des charges qu'il a stipulées en faisant la donation, il n'y a point de difficulté que l'aliénation que le donataire peut avoir faite des choses données, ne lui peut porter aucun préjudice, et qu'elle ne sera considérable qu'au cas qu'il agisse pour la révocation en vertu de notre Loy. J'ajoute en vertu de notre Loy, d'autant que si cette révocation était prétendue en vertu du contrat, comme s'il avait été stipulé qu'à faute de satisfaire par le donataire aux conditions sous lesquelles il a accepté la donation, il demeurerait en la liberté du donateur de rentrer en ses droits, et en la possession de la chose donnée, il n'y a point de difficulté que cette révocation, ou plutôt résolution se faisant *ex antiqua causa*, et en vertu du contrat, elle annullerait tout ce que le donataire aurait pû faire au préjudice de cette convention.

---

* 8 *Pothier*, *Don.*, *No.* 200 *et s.* } 200. L'effet de la révocation pour cause d'ingratitude, est très différent de celui de la révocation pour cause de survenance d'enfants. La clause

pour survenance d'enfants, étant une clause tacitement sous-entendue au contrat de donation, en vertu de laquelle, le cas venant à avoir lieu, le droit du donataire se résout *ex causâ necessariâ et antiquâ donationi sive contractui inexistenti*, il s'ensuit, comme nous l'avons dit en son lieu, que le donataire n'ayant qu'un droit de propriété résoluble, au cas de la survenance d'enfants, il n'a pu transférer à aucun autre qu'un droit résoluble par l'existence de la même condition ; d'où il suit :

1o. Que l'action en révocation, pour cause de survenance d'enfants, a lieu contre les tiers détenteurs ;

2o. Que le donateur doit reprendre les mêmes choses données, sans aucune charge de servitude, hypothèques et autres droits réels que le donateur y aurait imposés.

201. Au contraire, la révocation pour cause d'ingratitude, ne se faisant qu'en vertu d'une cause nouvelle, *ex causâ novâ*, et en punition de l'offense commise par le donataire, il s'ensuit :

1o. Que les tiers détenteurs ont acquis un droit absolu, et non sujet à se résoudre par l'ingratitude du donataire, puisque cette cause de révocation n'est pas une cause nécessaire, ancienne et inhérente au contrat, et par conséquent n'est pas une cause qui affectât le droit qui leur a été transféré. D'ailleurs, il ne serait pas juste que le donataire pût préjudicier par son fait à ces détenteurs : et comme la révocation pour cause d'ingratitude n'a lieu que pour punir le donataire, la peine ne doit tomber que sur lui.

2o. Il s'ensuit, par les mêmes raisons, que le donateur, qui, pour cause d'ingratitude du donataire, rentre dans les choses données, n'y rentre qu'à la charge des droits de servitudes, hypothèques et autres droits réels que le donataire y a imposés. C'est ce qui est décidé en la loi 7, Cod. *de Revoc. don.*, qui porte qu'en ce cas toutes les aliénations faites par le donataire, avant la litiscontestation (dans nos mœurs avant la demande), seront valables, et dont voici les termes : *Antè in-*

choatum cœptumque jurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, cæterisque causis legitimè alienata minimè revocamus.

202. A l'égard de celles faites depuis, la raison pour laquelle elles ne sont pas valables, c'est que, par les conclusions du donateur à la révocation de la donation de ces choses, il arrive qu'elle deviennent litigieuses au préjudice du demandeur.

Le donateur, dans le cas d'ingratitude du donataire, ne pouvant pas demander la restitution des choses données, que le donataire n'a plus dans sa possession, peut-il, au moins, demander la restitution du prix, dont le donataire se trouverait enrichi au temps de la demande du donateur ?—Dumoulin pense qu'il le peut, que ces termes de la loi 7, Cod. *de Revocand. donat.* que nous avons citée : *Quidquid is ex donationis titulo tenet, eo die cogatur reddere*, doivent recevoir une interprétation étendue, et comprendre tout ce que le donataire se trouve avoir des bienfaits du donateur, non-seulement immédiatement et directement, mais même médiatement. Cette interprétation paraît un peu forcée ; c'est pourquoi Ricard (3e part., ch. 6, sect. 3, Nos. 714 et suiv.) pense qu'elle ne doit pas être suivie. En effet, une disposition pénale, telle qu'est celle-ci, doit être renfermée dans ses termes ; or, le sens obvie de ceux-ci, *quidquid donationis titulo tenet*, ne comprend que les choses mêmes qui ont été données, et non pas ce que le donataire a acquis du prix de ces choses ; car il n'est pas vrai de dire qu'il les possède *donationis titulo*.

Il y aurait plus lieu d'admettre l'opinion de Dumoulin, à l'égard des choses qui auraient été échangées pour celles données, parce que l'échange produit une subrogation. Néanmoins Ricard pense que la chose reçue en échange, pour la chose donnée, n'est point sujette à la révocation, parce que la loi a voulu seulement que ce qui était le gage de l'amitié ne demeurât pas en la possession de l'ingrat ; ce qui ne convient qu'à la chose même qui a été donnée ; qu'il en est de cette révocation, comme de la commise pour félonie, qu'il n'y a que le fief même qui puisse être commis, et de même qu'il

n'y a que la chose même qui a été donnée qui puisse être sujette à la révocation.

203. Que doit-on dire, si c'est de l'argent qui a été donné ? —Comme l'argent est de nature à être employé aussitôt qu'il est reçu, et à ne pas demeurer en nature, il paraîtrait suivre de nos principes, que les donations de sommes d'argent, quelque considérables qu'elles soient, ne pourraient jamais être sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude.

On peut dire que, comme on ne considère pas dans l'argent les corps, mais la valeur qu'il contient, le donataire peut être considéré comme possédant la chose qui lui a été donnée, lorsqu'il possède une augmentation de valeur dans ses biens, causée par la donation qui lui a été faite ; et qu'en ce cas, il y a lieu à la répétition de cette somme.—On pourrait dire la même chose de toutes les choses fungibles.

204. Si on a donné un *fonds de boutique*, il y a moins de difficulté à dire que, quoique ce ne soient pas les mêmes choses, ni les mêmes marchandises, mais d'autres qui aient succédé à celles qui y étaient lors de la donation, c'est toujours le même fonds qui a été donné, et qu'ainsi, elle est révocable jusqu'à concurrence néanmoins de sa valeur, lors de la donation.

205. L'action de révocation pour cause d'ingratitude, étant une action en réparation d'injures, il suit qu'elle ne doit être accordée qu'à la personne même du donateur qui a été offensé, et non pas à ses héritiers, et qu'elle ne peut avoir lieu non plus que contre la personne du donataire, et non contre ses héritiers. C'est ce qui est décidé par la loi 7, Cod. *de Revocand. donat. actionem ita personalem esse volumus, ut vindicationis, id est, vindictæ tantùm habeat effectum, nec in hæredem detur, nec tribuatur hæredi.*

Néanmoins, si la demande a été une fois donnée contre le donataire, et qu'il meure pendant l'instance, elle peut être reprise contre les héritiers du donataire, suivant cette règle de droit : *Omnes actiones quæ morte aut tempore pareunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent.* L. 139, ff. *de Reg. juris.*

Par le droit romain, il fallait pour cela qu'il y eût *litis con-*

testatio ; mais selon nos mœurs, le simple exploit de demande suffit pour cela, et équipolle à la litis-contestation.

Par la même raison, lorsque la demande a été une fois donnée, quoique le donateur meure, son héritier peut suivre l'instance.

Je pense que l'héritier du donateur pourrait en un cas donner l'action en révocation de donation, pour cause d'ingratitude, savoir si le donateur n'avait pu la donner, et que l'ingratitude du donataire eût été jusqu'à tuer le donateur.

206. L'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude, étant une dépendance de l'action qu'a le donateur pour la réparation de l'injure commise contre lui, il s'ensuit qu'elle est sujette aux mêmes prescriptions ; ainsi l'action d'injures étant annale, la demande se prescrit pareillement par un an.

Néanmoins si l'injure consistait dans un crime dont la poursuite peut se faire pendant vingt ans, le donateur pourrait, pendant ledit temps, en poursuivant la réparation du crime, conclure à la révocation de la donation.

207. C'est aussi par une suite de nos principes, que la demande en révocation de la donation pour cause d'ingratitude, cesse d'avoir lieu, lorsque le donateur a donné des marques de réconciliation, car c'est un principe que l'injure s'éteint par le pardon de l'offense, et par conséquent cette action qui en est la suite.

---

* *C. N.* 958. } La révocation pour cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation, pourvu que le tout soit antérieur à l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription prescrite par l'article 939.

Dans le cas de révocation, le donataire sera condamné à restituer la valeur des objets aliénés, eu égard au temps de la demande, et les fruits, à compter du jour de cette demande.

816. [La révocation des donations n'a lieu pour cause d'inexécution des obligations contractées par le donataire comme charge ou autrement, que si cette révocation est stipulée en l'acte, et elle est réglée à tous égards comme la résolution de la vente faute de paiement du prix, sans qu'il soit besoin de condamnation préliminaire contre le donataire pour l'accomplissement de ses obligations.]

Les autres conditions résolutoires stipulées, lorsqu'elles peuvent l'être légalement, ont effet dans les donations comme dans les autres contrats.

816. [Gifts cannot be revoked by reason of the non-fulfilment of obligations entered into by the donee, as charges or otherwise, unless the revocation is stipulated in the deed; and such revocation is subject in all respects to the same rules as the dissolution of sale in default of payment of the price, without the necessity of any preliminary condemnation obliging the donee to the fulfilment of his obligations.]

The stipulation of all other resolutive conditions when legally made has the same effect in gifts as in other contracts.

SECTION VI.

DES DONATIONS PAR CONTRAT DE MARIAGE, TANT DE BIENS PRÉSENTS QU'A CAUSE DE MORT.

817. Les règles concernant les donations entre-vifs s'appliquent à celles faites par contrat de mariage, sous les modifications apportées par des dispositions spéciales.

SECTION VI.

OF GIFTS BY CONTRACT OF MARRIAGE, WHETHER OF PRESENT PROPERTY OR MADE IN CONTEMPLATION OF DEATH.

817. The rules concerning gifts *inter vivos* apply to those which are made by contract of marriage, with such modifications as result from special provisions.

[ARTICLE 818.]

* *C. N.* 1181 } 1181. L'obligation contractée sous une condi-
" 1192 } tion suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties.

Dans le premier cas, l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement.

Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée.

1192. L'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses promises ne pouvait être le sujet de l'obligation.

---

818. Les père, mère et autres ascendants, les parents en général, et même les étrangers, peuvent en un contrat de mariage faire donation aux futurs époux ou à l'un d'eux, ou aux enfants à naître de leur mariage, même avec substitution, soit de leurs biens présents, soit de ceux qu'ils délaisseront à leur décès, soit des uns et des autres ensemble, en tout ou en partie.

818. Fathers and mothers, and other ascendants, relations in general, and even strangers, may, in a contract of marriage, give to the future consorts or to one of them, or to the children to be born of their marriage, even with substitution, the whole or a portion of their present property, or of the property they may leave at their death, or of both together.

---

* 1 *Ricard, Don.*, 1*ère partie*, } 1027. La question de sçavoir,
No. 1027. } si la donation faite à la charge de payer par le donataire, ce qui se trouvera être dû par le donateur au jour de son décès a été autrefois différemment agitée par nos Auteurs, à cause de la diversité des Arrêts

qu'ils alléguaient, en faveur de l'opinion qu'ils avaient entrepris de défendre : mais je n'en ai vû pas un, qui ait allégué une raison considérable, pour montrer que la clause de payer les dettes créées, et à créer par le donateur, ne soit une retention contraire à la règle, *donner et retenir ne vaut*, et capable conséquemment d'empêcher que les donations qui se trouvent chargées de telles conditions, puissent être valables pour donations entre-vifs.

---

* 6 *Guyot*, *Donat.*, *p.* 212. } Parmi nous les Donations à cause de mort, à l'exception de celles qui se font par contrat de mariage, ne peuvent aujourd'hui avoir aucun effet, même dans les pays où elles sont expressément autorisées par les lois ou par les coutumes ; que quand elles ont été faites dans la même forme que les testamens et les codiciles. Le législateur a voulu par cette disposition de l'article 3 de l'ordonnance du mois de février 1731, qu'on ne pût à l'avenir disposer de ses biens à titre gratuit que de deux manières, dont l'une fut celle des Donations entre-vifs, et l'autre celle des testamens ou des codiciles.

Mais a-t-il, pour cela, abrogé les Donations à cause de mort? quelques auteurs l'ont ainsi pensé ; mais c'est une erreur, comme l'a très-bien remarqué Furgole : "il ne faut pas se " figurer, dit-il, que notre ordonnance retranche l'usage des " Donations à cause de mort ; elle en fixe seulement les for- " malités extérieures, qu'elle veut être les mêmes que celles " des testamens ou des codiciles."

C'est aussi ce que le parlement de Dijon a décidé expressément par l'arrêt qu'il a rendu le 4 juin 1731, après avoir vérifié la loi dont il s'agit. Voici comment est conçu cet arrêt : " registrée, oui, et ce requérant le procureur-général du roi, " peut être exécutée selon sa forme et teneur, sans que, par " ces derniers termes de l'article 3 de ladite ordonnance : *en* " *sorte qu'il n'y ait à l'avenir dans nos états, que deux formes de* " *disposer de ses biens à titre gratuit, dont l'une sera celle des*

" *Donations entre-vifs, et l'autre celle des testamens, ou des codi-*
" *ciles,* on puisse inférer que la faculté de disposer de ses
" biens à cause de mort soit excluse."

L'auteur des notes sur les observations ajoutées par Raviot, aux arrêts de Périer, nous apprend que cette clause fut proposée à M. le chancelier, avant de l'insérer dans l'arrêt. Et, comme il l'observe fort judicieusement, " c'est moins une " modification qu'une simple explication de l'article 3 dont " les termes, bien loin d'abolir indéfiniment les Donations à " cause de mort, les conservent, au contraire, *lorsqu'elles auront* " *été faites dans la même forme que les testamens et les codiciles.*"

---

* 2 *Bourjon, Don., Tit.* 4, 4*e part., ch.* 4, *sec.* 5. } 38. La faveur des contrats de mariage les a rendus susceptibles de toutes clauses, pourvû qu'elles ne soient contraires aux bonnes mœurs et aux Loix prohibitives. comme on l'a déjà remarqué plusieurs fois, et sur différentes matières, parce que de cette même maxime naissent plusieurs conséquences, et entr'autres la validité des donations qui y sont contenues, quoique non acceptées.

Cette proposition générale est regardée comme incontestable au Châtelet. Les autorités sur les propositions suivantes la confirment.

39. Par cette faveur, les donations portées par de tels contrats, ont été affranchies de la nécessité de la tradition, et du dépouillement ; ce qu'on a vû ci-dessus, et ce qui conduit à l'acceptation qu'on examine ici.

Voyez M. Ricard, des Donations, part. 1, ch. 4, sect. 2, distinct. 3, No 1057, pag. 227. M. le Maistre, tit. 13, pag. 370, et la sect. 7 du chapitre précédent.

40. Par le même principe elles sont affranchies de la nécessité de l'acceptation. Le mariage consomme toutes les conditions, tous les avantages, toutes les clauses sous lesquelles il a été contracté ; il les rend inviolables, et vaut acceptation.

Arrêt rapporté par M. Louet, let. D, No. 5. Voyez M. le Prestre, cent. 1, ch. 43. Les art. 10 et 13, de l'Ordonnance de 1731, lèvent à cet égard toute difficulté ; et telle a toujours été la Jurisprudence du Châtelet, fondée sur la proposition qui suit.

41. La raison qui fonde l'affranchissement de l'acceptation, est encore plus forte que celles qui fondent les affranchissemens ci-dessus expliqués au sujet de la tradition et du dépouillement ; c'est que la célébration du mariage, en faveur duquel la donation a été faite, vaut une véritable acceptation, et une acceptation formelle, puisque c'est sur la foi de la donation que le mariage a été contracté.

M. Ricard, des Donat., part. 1, ch. 4, sect. 1, No. 875, pag. 194.

42. Par ce même principe, on donne valablement par contrat de mariage, aux enfans qui en naîtront ; mais si la donation est faite au profit de tout autre que des conjoints, ou des enfans, elle serait nulle, faute d'acceptation. La faveur a été établie pour les premiers, et non pour les autres.

Cependant par le contrat d'un second mariage, on peut réduire les enfans à une certaine somme, si mieux ils n'aiment leur légitime ; réduction qui profite aux enfans du premier mariage. Arrêt rapporté par M. Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 52. C'est exception favorable, c'est condition d'un mariage qui doit être suivie.

---

* *Ord. des Don. Fév.* 1731 (*Louis XV*) *art.* 17. } Voulons néanmoins que les donations faites par contrat de mariage en faveur des conjoints, ou de leurs descendants, même par des collatéraux, ou par des étrangers, soient exceptées de la disposition de l'article XV ci-dessus, et que lesdites donations faites par contrat de mariage, puissent comprendre tant les biens à venir, que les biens présents, en tout ou en partie : auquel cas il sera au choix du donataire de prendre les biens tels qu'ils se trouveront au jour du décès du donateur, en payant toutes les dettes et charges, même celles qui seraient postérieures à la donation, ou de s'en tenir aux biens qui existaient dans le temps qu'elle aura été faite, en payant les dettes et charges existantes audit temps.

* 1 *Sallé, sur art.* 17, *Ord.* 1731. } *Voulons néanmoins que, etc.*

Tous nos auteurs français se réunissent pour attester la vérité de cette maxime, que la tradition, si indispensable en général dans toutes les donations n'est point nécessaire, selon notre usage, à l'égard des donations faites par contrat de mariage. Ce principe est fondé sur deux raisons principales ; l'une, que les contrats de mariage sont de droit public, et qu'on ne peut trop favoriser des actes qui sont le principe de la société, ni donner trop de facilités aux parents pour les engager à établir leurs enfants : l'autre raison, c'est que lorsqu'ils les marient, ils pensent à leur postérité, et qu'il est conséquemment dans l'ordre qu'ils fassent alors des arrangements pour leurs successions. Ainsi les contrats de mariage participent en même temps à la nature des actes entre-vifs, et à celle des dispositions testamentaires. Et quoiqu'ils soient revêtus de la forme des actes entre-vifs, ils contiennent néanmoins toujours des dispositions qui n'ont effet qu'après la mort des conjoints, et très-souvent des dispositions qui ne doivent être accomplies qu'après la mort de leurs parents. D'ailleurs, quoique les dispositions soient entre-vifs, soit à cause de mort, que les contrats de mariage contiennent, soient des actes de libéralité, elles sont aussi en un sens de véritables conventions ; parce qu'un contrat de mariage est un vrai traité entre les deux familles qui s'unissent. C'est pourquoi, réunissant les prérogatives des actes entre-vifs, celles des dispositions à cause de mort, et celles des conventions, il n'est pas surprenant que la nature d'un pareil acte l'ait fait affranchir de plusieurs des règles qui n'ont lieu que pour les donations entre-vifs seulement, ou que pour les seules dispositions à cause de mort, ou que pour les conventions ordinaires.

Ces prérogatives accordées aux contrats de mariage, remontent parmi nous presque à l'origine de la monarchie. Nous en trouvons des vestiges dans la plus ancienne de toutes nos loix, qui est la loi salique. Il est vrai que ces priviléges n'étaient pas aussi étendus qu'ils le sont aujourd'hui ; ce n'est

que par degrés qu'on a rendu les contrats de mariage susceptibles de toutes sortes de conventions pour les successions futures. On ne tolérait même d'abord que celles faites par les contractants, ou leurs pères et mères, et autres ascendants. Mais ensuite, les stipulations de cette nature faites par un des collatéraux, et même par les étrangers, y ont été admises avec la même faveur ; de sorte que nous tenons depuis longtemps pour droit commun, que les successions futures se peuvent donner et promettre valablement dans un contrat de mariage, en faveur des futurs époux et de leurs descendants, par quelque personne que ce soit, pourvu qu'elle soit capable d'en disposer.

Cette maxime, que la règle *donner et retenir* n'a point lieu dans nos contrats de mariage, et que les institutions d'héritiers y sont admises, se trouve établie par des dispositions formelles de plusieurs de nos coutumes. La coutume de Bourbonnais, *article CCXIX*, contient les véritables règles de notre jurisprudence sur cette matière ; en voici les termes : *Toutes donations, conventions, avantages, institution d'héritiers, et autres choses faites en contrat de mariage, le mariage fait, par paroles de présent, sont bonnes et valables, en quelques formes qu'elles soient faites*, etiam *en donnant et retenant : soient celles dispositions ajoutées audit contrat de mariage, avant ou pendant les funérailles : réservé toutefois aux enfants leur droit de légitime ; posé aussi que lesd. donations et avantages soient faits à personnes étranges contractant ledit mariage, bâtards, ou autres quelconques : et saisissent telles dispositions les cas avenus, quand lesdites donations et dispositions sont faites par personnes habiles à contracter.*

On pourrait ajouter à ce texte de la coutume de Bourbonnais un grand nombre d'autres textes de différentes coutumes qui ont des dispositions semblables. Telles sont les coutumes d'Auvergne, *chap.* 4 et 6 ; de Vermandois, *articles LIV et LV ;* de Châlons, *article LXV ;* de Bar, *art. CLXVII*, et de Nivernais, *chap.* 27, *art. CXXIX.*

[ARTICLE 818.]

Si des textes de nos coutumes nous passons à la jurisprudence des arrêts, nous y trouverons le même usage non moins universellement autorisé. On en trouve un du 24 mars 1521, cité par Thevenau, en son commentaire sur l'art. CCXIX de la coutume de Poitou ; un autre du 19 août 1658, rapporté par Pithou, sur la coutume de Troies, article CXXXVII. Vrevins fait encore mention de trois autres en son commentaire sur la coutume de Chauny ; les deux premiers sont des années 1520 et 1586, et le troisième du 22 août 1607. On en trouve encore d'autres conformes dans M. Leprêtre en ses *questions de droit*, *centurie* 2, *chap*. 90, et dans *Brodeau sur M. Louet*, *lettre S*, *No*. 9.

Les sentiments des jurisconsultes ne sont pas moins unanimes en faveur de cet usage, que les coutumes et nos arrêts. *Faber*, *Benedicti*, *Mazuer*, *Bœrius*, et les autres qui les ont suivis, M. Leprêtre et Brodeau dans les endroits ci-devant cités ; enfin Dumoulin en son commentaire sur l'ancienne coutume de Paris, § 120, *No*. 2*;* § 160, *No*. 7, rendent tous témoignage à l'authenticité de cet usage ; et ce dernier ajoute même qu'il doit avoir lieu dans les coutumes qui ne contiennent point de disposition contraire.

Il y a plus : quoiqu'il paraisse que cet usage soit contraire aux principes du droit Romain, il a été reçu aussi favorablement dans les provinces de droit écrit, que dans les pays coutumiers. Voyez sur cela *M. de Cambolas*, *liv*. 5, *chap*. 35, *et Henrys*, *tome* 1, *liv*. 5, *quest*. 59. Ainsi notre ordonnance n'a fait autre chose qu'ériger une loi d'un usage déjà constant dans toute la France.

Auquel cas il sera, *etc*.

La plupart des auteurs, qui, avant l'ordonnance, admettaient les donations universelles de tous biens présents et à venir indistinctement, donnaient aussi la même alternative aux donataires ; à l'exception de Duplessis, qui, quoiqu'il admît aussi ces sortes de donations de tous biens présents et à venir indistinctement, croyait cependant qu'elles étaient indi-

visibles, et qu'il n'était pas permis d'en accepter une partie, et de refuser l'autre.

Voy. *Nouv. Deniz.* cité sur art. 782.

---

* 7 *Nouv. Deniz., V. Donat. par cont. de mariage, p.* 85 *à* 93. } § II. *Effet des donations à cause de mort contenues dans un contrat de mariage.*

1. Les donations à cause de mort, comme il a été expliqué au mot *Donation*, § II, *No.* 2, ont trois effets principaux. Le donateur peut la révoquer ; le donataire n'est point saisi du vivant du donateur ; et s'il décède avant le donateur, la donation est caduque.

Les donations à cause de mort contenues dans un contrat de mariage, perdent la qualité de révocable, qui leur convient de leur nature, et deviennent irrévocables à cause de l'acte dans lequel elles sont consignées : mais cette circonstance n'empêche pas qu'elles ne conservent les deux autres effets de la donation à cause de mort.

Ainsi 1o. le donataire n'est pas saisi du vivant du donateur; il n'acquiert la propriété de la chose donnée qu'après sa mort ; il ne peut l'acquérir aux dépens des créanciers du donateur, qui ont un droit acquis sur ses biens ; il faut qu'ils soient tous payés, avant que le donataire puisse réclamer l'exécution de sa donation.

2o. Si le donataire décède le premier, il ne transmet aucun droit à ses héritiers, qui après la mort du donateur n'auront rien à prétendre contre sa succession. Ainsi jugé par un arrêt du 13 avril 1688, rapporté au Journal du Palais, rendu contre les héritiers du sieur Langlois, décédé avant Marie Esglant, sa femme, auparavant veuve de Simon Lettier, laquelle, par son contrat de mariage, lui avait donné par d'enfant.

2. Ces deux décisions ont lieu quand même la donation à cause de mort serait qualifiée par l'acte donation entre-vifs ; quand même elle serait accompagnée des clauses de rétention

d'usufruit, constitut et précaire, ou autres qui ne conviennent qu'à une donation, parce que ces circonstances ne peuvent changer la nature de la donation à cause de mort. Ainsi jugé par arrêts des 12 décembre 1736, 12 mars 1759, et 30 août 1760, rapportés au mot *Donation entrevifs*, § XII, *Nos.* 9, 11 et 12, et par un autre arrêt du 29 février 1760, rapporté ci-après, § III, *No.* 4.

3. Quoiqu'en général, les héritiers et ayans cause du donataire prédécédé n'aient rien à prétendre contre les héritiers du donateur à cause de mort par contrat de mariage, néanmoins les enfans du même donataire, issus du mariage, en faveur duquel la donation a été faite, sont admis à réclamer dans la succession du donateur la chose donnée à leur auteur. " Si le donataire laisse des enfans à sa mort, dit Furgole, *Donat.*, *art*, 17, *à la fin*, leur existence empêchera la caducité de la donation, parce qu'ils prendront la place de leur père prédécédé."

Si les enfans issus du mariage en faveur duquel la donation a été faite, sont autorisés à réclamer dans la succession du donateur l'objet donné à leur père prédécédé, ce n'est pas en qualité d'héritiers ou d'ayans cause, mais comme *vulgairement* substitués à leur auteur. On présume que l'intention du donateur est qu'en cas de prédécès du donataire, les enfans à naître du mariage profitent de la donation qu'il fait à leur auteur. C'est cette volonté présumée qui leur donne droit de réclamer l'objet donné contre les héritiers du donateur.

Les cinq arrêts cités, *Nos.* 1 *et* 2 ne sont pas contraires à cette décision ; ils ont été rendus contre des collatéraux et un ascendant.

4. Le privilége des conventions matrimoniales n'ayant lieu qu'en faveur des conjoints et de leurs descendans à naître de l'union qu'ils vont contracter, il n'y a que les enfans à naître du mariage, en faveur duquel se fait la donation, qui soient appelés à cette substitution vulgaire tacite ; les enfans que le donataire aurait déjà, ou pourrait avoir par la suite, d'une autre union, n'y sont pas appelés. D'où il résulte que si, à

l'instant de la mort du donateur décédé après son donataire, il n'existe aucun enfant du donataire issu du mariage, en faveur duquel la donation a été faite, elle sera caduque, et la succession du donateur sera entièrement libérée de l'exécution de cette donation, sans que les enfans du donataire, procréés d'une autre union, puissent y rien prétendre.

Les enfans issus de ce mariage, ayant droit à l'objet donné, non comme héritiers du donataire, leur auteur, mais comme *vulgairement* substitués, si leur auteur décède avant le donateur, ils recueilleront l'objet donné, quand même ils renonceraient à la succession du donataire, quand même ils en auraient été exhérédés : la renonciation et l'exhérédation ne pouvant détruire un droit qui leur appartient de leur chef.

5. Les propositions que nous venons d'avancer, *No.* 4, se trouvent, pour les institutions contractuelles, dans de Laurière, *Inst. contract., chap.* 7, *Nos.* 27 *et suiv.*, le Brun, *Succes., liv.* 3, *chap.* 2, *No.* 33 *et suiv.*, M. Pothier, *Cout. d'Orl. app. suc., No.* 28 *et suiv.* et Ricard, *Donat., part.* 1, *No.* 1072 *et suiv.* Il y a même raison pour les appliquer aux autres donations à cause de mort.

Observez que la substitution vulgaire tacite ne peut avoir lieu dans la donation mutuelle que se font deux époux par leur contrat de mariage. Par la nature de ce contrat, chacun des deux époux donne, au cas de son prédécès, et stipule qu'il lui sera donné, au cas de sa survie ; il ne donne, au cas de son prédécès, que sous la condition qu'on lui donnera, au cas de sa survie. Et dans ce dernier cas, il entend profiter seul de la donation que lui a fait son conjoint, sans que la donation par lui faite au même conjoint, puisse avoir aucun effet. La volonté du donateur, étant donc expresse dans la donation mutuelle, prévaut sur la volonté qu'on présume dans les autres donations à cause de mort.

6. Lorsque le contrat de mariage contient une donation mutuelle en usufruit des effets de la communauté, et que les époux ont acquis des rentes viagères sur la tête du survivant, celui-ci perçoit pendant sa vie les arrérages de ces rentes en

vertu de la donation mutuelle. Mais sa succession est-elle tenue de fournir à la succession du prédécédé une indemnité, parce que sa jouissance a absorbé l'être entier de la rente viagère qui périt avec lui ? voyez ce qui a été dit au mot *Don mutuel*, § XIV, sur pareille question relative au don mutuel.

7. Le donataire, par contrat de mariage, des biens qui existeront à la mort du donateur, peut-il, en cas de survie, se mettre de lui-même en possession des choses qui lui ont été données, sans former aucune demande contre les héritiers du défunt ?

Pareille donation étant donation à cause de mort, ne peut saisir le donataire du vivant du donateur ; il est impossible que celui-ci fasse, au moment de la convention, la tradition de ce qu'il possédera au moment de sa mort ; les clauses de constitut, de précaire, de rétention d'usufruit, dont on voudrait faire résulter une tradition feinte, à défaut de tradition réelle, sont, en ce cas, totalement vides de sens.

Le donataire ne pouvant pas être saisi du vivant du donateur, le sera-t-il au moment de son décès ?

Le mort saisit le vif. A l'instant de la mort d'un homme, son héritier est saisi par la loi, de l'universalité des biens qu'il possédait. Le défunt, donateur par contrat de mariage, des biens qui existeraient au moment de son décès, est resté jusqu'au même moment possesseur des objets compris dans la donation. Ils ont passé, en vertu de la saisine légale, à son héritier. C'est donc à celui-ci que le donataire doit s'adresser pour en obtenir la tradition, et il ne peut s'en emparer de lui-même de plein droit.

Quelques auteurs n'admettent pas cette conséquence des principes, et soutiennent que le donataire, par contrat de mariage, soit mutuel, soit simple, d'objets qui existeront à la mort du donateur, peut, après la mort de son conjoint, s'emparer de plein droit, et sans former aucune demande contre l'héritier, des objets compris en la donation : c'est l'avis de M. Pigeau, dans son traité de la Procédure civile, au mot *Successions*, *tit.* 2, *chap.* 2, *sect.* 2, § 2, *art.* 1, *Nos.* 1 *et* 4, *tom.* 2,

pag. 379 *et* 384. M. Pothier est de même avis dans son traité des donations entre mari et femme, *No.* 189.

§ III. *Donation faite par l'un des époux à son conjoint, dans leur contrat de mariage, du mobilier qui appartiendra au donateur à l'instant de son décès.*

1. La donation de biens à venir, étant autorisée dans le contrat de mariage, nul doute que les époux ne puissent, dans cet acte, se faire l'un à l'autre donation simple ou mutuelle, du mobilier qui appartiendra au donateur à l'instant de son décès.

2. Lorsque le donateur déclare donner tout le mobilier qui lui appartiendra à l'instant de son décès, pareille donation comprend généralement tous les effets mobiliers de leur nature ; non-seulement ceux qui sont communs, mais encore ceux qui seraient exclus de la communauté. L'exclusion qui leur donne la qualité de propres de communauté, ne leur ôte pas leur qualité de meubles, n'empêche pas qu'ils ne soient compris sous cette dénomination, toutes les fois qu'il est question d'une opération, ou d'une convention étrangère à la communauté. Or la donation du mobilier qui existera au moment du décès, est une convention étrangère à la communauté. Etant conçue d'une manière générale, elle comprendra donc tout le mobilier, soit commun, soit propre de communauté.

3. La donation du mobilier qui existera au moment du décès, faite par l'un des époux à son conjoint, par leur contrat de mariage, comprend-elle le prix des propres aliénés pendant le mariage ?

Pareille donation n'a pas pour objet le mobilier lors existant, ni même celui qui sera acquis pendant le mariage ; mais celui qui se trouvera appartenir au donateur au moment de sa mort. Ce n'est donc pas l'origine des biens existans à l'instant du décès, mais leur qualité, à la même époque, qui décidera s'ils seront compris ou non dans la donation. En conséquence, si le donateur avait un mobilier considérable à l'instant du contrat, et qu'il l'eût de beaucoup diminué en

faisant des acquisitions d'immeubles, la donation ne comprendrait que le mobilier existant au moment du décès. La nature de cette convention, qui est donation à cause de mort, est de ne saisir le donataire qu'à la mort du donateur ; de laisser au donateur la liberté de disposer entre-vifs, cômme bon lui semble, des effets qui seraient compris dans sa donation, s'il les gardait jusqu'à sa mort. *Vice versâ*, si le mobilier a été augmenté par la vente des immeubles, le survivant doit avoir tout le mobilier existant à la mort du prédécédé ; il a couru les risques de la diminution, il doit avoir le bénéfice de l'augmentation.

Le prix des immeubles aliénés pendant le mariage, reste commun ou propre, suivant que l'immeuble vendu était conquêt, ou propre de communauté. Dans le premier cas, il est meuble à tous égards. Dans le second cas, il est propre de communauté ; mais il conserve sa qualité de meuble à tous égards. Ainsi, dans l'un et l'autre cas, il paraît devoir entrer dans la donation faite par contrat de mariage, de l'universalité du mobilier.

4. La crainte de l'avantage indirect entre conjoints n'est-elle pas une raison suffisante pour établir, en ce cas, une exception aux principes, et exclure de la donation universelle du mobilier faite par contrat de mariage, le prix des propres aliénés ?

Cette question n'est pas aisée à décider. On peut distinguer trois cas différents, suivant la nature des circonstances. Ou ces circonstances prouvent l'intention d'avantager ; ou elles l'excluent ; ou enfin, elles la laissent indécise.

Si les circonstances de l'aliénation excluent l'intention d'avantager ; lorsqu'elle est forcée, par exemple, soit par les créanciers saisissant réellement, soit pour cause d'utilité publique ; nulle raison de déroger aux effets que doit avoir, suivant les principes, la convention spécialement autorisée par la loi ; et le prix des propres aliénés restera compris dans la donation.

Nous pensons qu'il doit en être de même si les circonstances

laissent indécise l'intention d'avantager, parce que la convention autorisée par la loi est de nature à croître et décroître, suivant les événemens. Il n'y a qu'une intention précise d'avantager, qui puisse empêcher de se décider par la nature variable de la donation du mobilier qui existera au moment du décès.

Si les circonstances prouvent l'intention d'avantager, alors il paraît naturel de décider que pour satisfaire au vœu de la coutume, qui défend tout avantage indirect, il faut retrancher de la donation le prix des propres aliénés pendant le mariage. Si ce prix est encore dû, il sera touché par les héritiers, et non par le survivant.

Cette dernière décision, à laquelle on est porté par la crainte de l'avantage indirect, est sujette à beaucoup de difficultés.

1o. Si le prix a été touché par le donateur, et qu'on ne puisse plus le reconnaître, le donataire survivant en doit-il indemnité sur le mobilier qui se trouve existant au moment du décès ? Les raisons qui l'empêchent de toucher le restant du prix qui serait encore dû, reçoivent ici leur application, et doivent faire ordonner contre lui l'indemnité, l'avantage consistant dans l'aliénation.

2o. Si le donateur acquiert des immeubles par contrat volontaire, il s'avantage lui-même, et ses héritiers, au préjudice de son conjoint, qui aurait eu les deniers employés à l'acquisition ; ainsi il sera dû indemnité des mêmes deniers au donataire survivant.

3o. Les indemnités respectives doivent avoir lieu, non-seulement pour les immeubles propres de communauté, mais encore pour les immeubles conquêts, parce qu'ils ne sont pas compris dans la donation de l'universalité du mobilier.

4o. Ces indemnités changeront la nature de la donation. Dans l'intention des parties, elle doit comprendre tout le mobilier existant au moment du décès, et rien au-delà : au moyen de ces indemnités, la donation ne comprendra pas tout le mobilier existant au moment du décès, et elle comprendra indirectement les immeubles.

Voici une espèce dans laquelle la question s'est présentée. L'arrêt a décidé que le restant du prix, non encore payé, du propre vendu pendant le mariage, ne devait pas être compris dans la donation universelle du mobilier, faite par le contrat de mariage. Le même arrêt a aussi jugé, que la donation d'une somme de deniers à prendre sur la succession du donateur, était donation à cause de mort, et en cette qualité, devenait caduque par le prédécès du donataire, quoique la donation fut faite au donataire, ses hoirs, héritiers et ayans cause.

En 1754, le marquis du Moustier a épousé la demoiselle Lebeau du Boujon, domiciliée comme lui à Paris.

Le mari est décédé le 6 juin 1758, sans enfans de son mariage, laissant pour héritière la marquise des Epinets, sa sœur.

La femme n'a survécu que quelques jours : elle est morte le 15 du même mois, laissant pour héritier l'abbé du Boujon, son frère.

Dans le cours du mariage, le marquis du Moustier avait vendu la terre de Sainte-Marie d'Audonville, située près Valogne, en basse Normandie, moyennant 162,500 livres. Il avait employé 34,000 livres à payer différents créanciers : et placé 61,000 livres en rentes viagères sur sa tête. Quant aux 67,000 livres de surplus, l'acquéreur avait stipulé un terme de quinze années, pendant lesquelles il payerait les intérêts. Ainsi, cette somme était encore due à l'instant de sa mort.

Il s'éleva entre la marquise des Epinets et l'abbé Lebeau du Boujon, deux difficultés relatives à deux clauses du contrat de mariage du marquis et de la marquise du Moustier, passé le 21 juin 1754.

La première clause était ainsi conçue : " ladite demoiselle future épouse, par l'estime et l'amitié qu'elle porte audit sieur futur époux, lui a dès à présent donné et assuré, en la meilleure forme que donation puisse valoir, ce acceptant pour lui ses *hoirs*, *héritiers et ayans cause* la somme de 20,000 livres à prendre après le décès de ladite demoiselle future épouse, et non auparavant, sur les biens immeubles qu'elle laissera à son décès ; et en cas d'insuffisance sur les plus clairs et appa-

rens biens de sa succession, pour par ledit sieur futur époux, ses *hoirs, héritiers, successeurs et ayans cause* en jouir en toute propriété, à compter du décès de ladite dame future épouse, le tout pourvu qu'audit jour il n'y ait aucuns enfans procréés dudit mariage."

La marquise des Epinets, héritière de son frère, réclamait cette somme de 20,000 livres ; elle convenait que si la donation avait été faite uniquement à son frère, elle serait devenue caduque par son prédécès ; mais au moyen de la clause ses *hoirs, héritiers et ayans cause*, elle prétendait être donataire directe de la marquise du Moustier, sa belle-sœur.

L'abbé du Boujon soutenait que les termes *hoirs, héritiers et ayans cause*, que les notaires ont coutume d'insérer dans tous les actes, se bornent à signifier que les héritiers jouiront après le donataire ; mais si le donataire meurt avant d'être saisi, ils ne transfèrent aucun droit à ses héritiers.

La seconde clause était ainsi conçue : " et pour la singulière estime et amitié que lesdits époux ont dit avoir l'un pour l'autre, ils se sont fait donation mutuelle, égale et réciproque, au survivant d'eux, ce acceptant respectivement par ledit survivant, de tous les biens meubles, immeubles, acquêts et propres qui se trouveront leur appartenir au jour du décès du premier mourant : en quoi qu'ils puissent consister, et en quelques lieux et endroits qu'ils se trouvent assis, dus et situés, sans aucune réserve ni exception, pour par ledit survivant en jouir, servir de tout le mobilier, et des effets réputés et censés mobiliers en pleine propriété, et des effets immobiliers en usufruit seulement, à sa caution juratoire, à compter du jour du décès du premier mourant.

L'abbé du Boujon, héritier de la marquise du Moustier, décédée la dernière, réclamait contre la marquise des Epinets les 67,000 livres dues par l'acquéreur, pour restant du prix de la terre de Sainte-Marie d'Audonville, comme comprise dans la donation faite en toute propriété au survivant, de tout le mobilier et effets censés mobiliers du prédécédé.

La marquise des Epinets prétendait, au contraire, que cette

somme étant le prix d'un immeuble, ne pouvait être comprise dans la donation universelle du mobilier, faite par contrat de mariage, parce qu'il est absolument défendu aux époux de s'avantager pendant leur mariage, en façon quelconque, directement ou indirectement ; que ce serait ouvrir la porte aux avantages indirects, que de laisser comprendre dans la donation universelle du mobilier qui existera au moment du décès du donateur, le prix de ses immeubles aliénés pendant le mariage.

Par sentence arbitrale, rendue sur compromis, le 5 février 1759, par Mes. Bevière, Doutrement, Gillet et Daudasne, il fut jugé entr'autres choses, 1o. que la donation de 20,000 livres devait avoir son exécution, et que la marquise des Epinets était bien fondée à réclamer cette somme contre l'abbé du Boujon ; 2o. que les 67,000 livres, restant dû sur le prix de la terre de Sainte-Marie d'Audonville, ne tombaient pas dans la donation universelle en toute propriété du mobilier, contenue au contrat de mariage.

L'abbé du Boujon s'étant rendu appelant de cette sentence, a demandé, 1o. que la dame des Epinets fut déboutée de sa demande à fin de paiement des 20,000 livres ; 2o. qu'il fut ordonné que les 67,000 livres lui appartiendraient comme faisant partie de la donation mutuelle du mobilier.

La marquise des Epinets a demandé la confirmation de la sentence arbitrale.

M. Joly de Fleury, avocat-général, après avoir exposé les faits, les moyens des parties et l'état de la question, établit ainsi son sentiment.

" Examinons chacune des deux questions en particulier."

" Quant à la donation de 20,000 livres, est-elle donation entre-vifs, est-elle donation à cause de mort ?... De la part de l'appelant, on la soutient donation à cause de mort : donation qui serait nulle dans un acte ordinaire, valable dans un contrat de mariage. De la part de l'intimée, on convient de ces principes. Mais on fait dépendre la caducité de la donation d'un point de fait : savoir, si le marquis du Moustier est seul

donataire ; parce que s'il est seul donataire, elle est caduque par son prédécès ; mais si les héritiers sont appelés, et sont autant donataires que lui-même, alors elle est valable."

" Lisons donc la clause...... Il est évident qu'il n'y a que le futur de donataire. Il accepte, à la vérité, et dit en acceptant: pour lui, *ses hoirs, héritiers et ayans cause:* ce qui est deux fois répété dans la clause. Mais c'est le donataire qui parle, et non pas la donatrice, laquelle ne donne qu'au marquis du Moustier. Par conséquent il est seul donataire ; la dame des Epinets est mal fondée dans sa demande ; et c'est le cas d'infirmer la sentence à cet égard..."

"Quant aux 67,000 livres, doivent-elles entrer dans le mobilier ? dans ce cas, la femme saisie au décès de son mari de tout le mobilier, l'a été de cette somme. Si elles ne doivent pas y entrer, elles doivent, comme la sentence l'a jugé, appartenir à la marquise des Epinets, en qualité d'héritière..."

" Plusieurs points constants dans la cause. 1o. La somme, dans l'intention des parties, devait être replacée en autres immeubles pour sûreté du douaire, ainsi qu'il est marqué dans le contrat même."

2o. " Elle est le restant du prix de l'aliénation d'un propre du mari."

3o. " Le mari a placé le surplus en rentes viagères sur sa tête."

4o. " Les avantages indirects sont proscrits."

5o. " Dans la thèse particulière, preuve de volonté de s'avantager par le contrat de constitution, du 21 mai 1755, consenti par le mari au profit de sa femme."

" D'un autre côté, on oppose, 1o. que le remplacement projeté prouve que l'intention n'était pas de s'avantager ; 2o. que cette somme, pour être le restant d'un propre, n'en est pas moins une somme mobiliaire; 3o. que le mari a été le maître de placer en rente viagère sur sa tête ; 4o. que les avantages indirects sont proscrits, mais non les donations, telles que celles dont il s'agit par le contrat de mariage ; 5o. que c'est

une présomption bien légère, que la conséquence tirée de l'acte de 1755."

" Au vrai......, peut-on changer la nature de cette somme ? Elle est mobiliaire, et ne peut être qu'un effet mobilier."

" Si elle est mobiliaire elle doit appartenir à celui qui doit avoir le mobilier au décès du marquis du Moustier. Suivant le contrat de mariage, c'est sa femme, donataire mutuelle, parce qu'elle a survécu... La donation mutuelle est licite ; et par conséquent, il s'ensuivrait que la femme devrait en profiter."

" Mais aussi il faut convenir qu'il est bien difficile de croire que tel puisse être l'effet d'une stipulation pareille. C'est principalement, disent les auteurs, sur la bonne foi que réside l'application de cette prohibition d'aliéner. La prohibition de donner entre mari et femme, dit Ricard, Des donations, *part* 1, *No.* 377, est exécutée parmi nous avec tant de bonne foi dans les coutumes qui la contiennent, que nous ne souffrons point qu'elle soit violée par quelque voie que ce soit. C'est sur ce fondement, dit-il un peu plus bas, *No.* 380, que notre jurisprudence et les arrêts improuvent toutes les pactions et accommodemens faits entre les conjoints, dès lors qu'ils contiennent quelque avantage indirect entr'eux... Nous ne souffririons pas même, dans notre droit français... qu'ils pussent valablement se réserver la liberté de contrevenir à cette prohibition, et de s'avantager pendant leur mariage... de sorte que pour rendre valable la donation entre mari et femme, il est nécessaire qu'elle soit parfaite par le contrat de mariage, sans qu'il puisse rester en leur liberté de la faire valoir, ou de la laisser sans effet, pendant leur mariage."

" Delà il suit que c'est la bonne foi qui doit décider. Or ici on voit évidemment la bonne foi 1o. des parties elles-mêmes ; 2o. de la chose, puisque le prix est constamment celui du propre. Mais de plus, ce n'est pas l'intention seule qu'il faut considérer, mais le fait de l'avantage. Nous aurions donc de la peine à penser que cette somme, existant encore entre les mains de l'acquéreur, puisse tomber dans le mobilier compris

dans la donation, surtout le remploi ayant été convenu avec la femme. C'est, en quelque sorte, ne pas s'écarter de l'intention des parties, singulièrement de celle de la femme, qui n'était intervenue qu'à cette condition de remploi. La sentence a donc bien jugé en ce chef.

Par arrêt du vendredi 29 février 1760, conforme aux conclusions, la sentence a été infirmée, quant à la donation de 20,000 livres, laquelle a été déclarée caduque ; et confirmée, quant aux 67,000 livres, restant du prix de la terre de Sainte Marie d'Audouville : *Plaidoyeries*, *fol.* 345-347, *No.* 16, *coté* 3118,

§ IV. *Donations par contrat de mariage, des biens présens et à venir.*

1. Quoique la donation des biens présens et à venir soit donation entre-vifs pour les biens présens, et donation à cause de mort pour les biens à venir ; néanmoins elle ne forme qu'une seule donation. Le donataire qui a accepté la donation, et auquel on a fait la tradition des biens présens, s'engage, par-là même, à prendre les biens à venir aux charges que doit supporter la totalité des biens présens et à venir.

Peut-il, malgré son acceptation, renoncer après la mort du donateur à la donation, pour se libérer des dettes de la succession ?

Tout donataire, en général, peut renoncer à sa donation, pour se libérer des dettes de la succession du donateur. Le donataire des biens présens, chargé, par une convention expresse du contrat de mariage, de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur, a la faculté de s'en libérer, en renonçant à la donation, suivant l'article 18 de l'ordonnance. Le donataire des biens présens et à venir, chargé, par la nature de sa donation, d'acquitter indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur, doit avoir la même faculté de s'en libérer, en renonçant à la donation. Il y a même raison.

2. Suivant les principes, et abstraction faite de la loi, la donation de biens présens et à venir ne formant qu'une seule

donation, le donataire ne peut pas diviser son titre ; répudier les biens acquis depuis la donation, pour s'en tenir aux biens possédés à l'instant de la donation ; répudier les biens possédés au moment de la donation, pour s'en tenir aux biens acquis depuis : il faut qu'il conserve ou répudie la totalité des biens du donateur, acquis, soit avant, soit depuis la donation.

M. le chancelier Daguesseau était intimement persuadé de cette indivisibilité du titre ; lorsqu'après avoir défendu les donations de biens à venir, en ordonnant que les donations entre-vifs ne pourraient comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendraient au donateur au moment de la donation il déclare, en conséquence, nulles, les donations de biens présens et à venir, même pour les biens présens : *Ordonnance de* 1731, *art.* 15.

3. La loi a excepté de la règle les donations de biens présens et à venir, faites par contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendans. " Voulons néanmoins que les donations faites par contrat de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs descendans, même par des collatéraux ou par des étrangers, soient exceptées de l'article 15 ci-dessus, et que lesdites donations faites par contrat de mariage, puissent comprendre tant les biens à venir, que les biens présens en tout ou en partie ; auquel cas il sera au choix du donataire de prendre les biens tels qu'ils se trouveront au jour du décès du donateur, en payant toutes les dettes et charges, même celles qui seraient postérieures à la donation, ou de s'en tenir aux biens qui existaient dans le temps qu'elle aura été faite, en payant seulement les dettes et charges existantes audit temps " : *Art.* 17.

4. Remarquez que l'ordonnance conserve en partie le principe de l'indivisibilité du titre du donataire. Elle ne considère pas la donation de biens présens et à venir, comme deux donations distinctes et séparées, qui aient chacune leurs charges particulières : savoir la donation de biens présens, chargée des dettes présentes ; la donation des biens à venir, chargée

des dettes à venir ; en sorte que le donataire puisse, à son choix, accepter l'une des deux, et répudier l'autre. Elle donne seulement au donataire l'option de s'en tenir à la convention entière, ou de prendre les biens qui existaient au moment de la donation, à la charge des dettes lors subsistantes ; d'où il résulte que le donataire de biens présens et à venir, qui accepte la donation entière, ne peut pas diviser la charge des dettes ; payer les dettes antérieures à la donation, jusqu'à concurrence des biens lors existans, payer les dettes postérieures, jusqu'à concurrence des biens acquis depuis. Il est obligé de payer la totalité des dettes antérieures et postérieures, jusqu'à concurrence de la masse entière des biens acquis par le donateur, soit avant, soit depuis la donation.

Supposons, par exemple, un père qui, en mariant son fils, le fait donataire universel de ses biens présens et à venir. Au moment de la donation, il avait 150,000 livres de biens, et 50,000 livres de dettes ; il meurt deux ans après, laissant 50,000 livres de biens nouvellement acquis, et 100,000 livres de nouvelles dettes.

Si le fils renonce aux biens acquis depuis la donation, et s'en tient à ceux que son père possédait alors, il aura 150,000 livres, et 50,000 livres à payer : son bénéfice sur la donation sera de 100,000 livres. Mais s'il accepte tous les biens du donateur, tant ceux acquis auparavant, que ceux acquis depuis la donation, le total de la masse sera de 200,000 livres, chargé de 150,000 livres de dettes, et le bénéfice du donataire ne sera que de 50,000 livres. Ayant une fois pris les biens acquis depuis la donation, il ne peut diviser son titre, et se libérer des dettes postérieures, en abandonnant les biens acquis depuis la donation.

Par la même raison, si les biens existans au moment de la donation, montent à 80,000 livres, chargées de 100,000 livres de dettes, et les biens acquis depuis, à 200,000 livres, chargées de 40,000 livres de nouvelles dettes ; le donataire prenant les biens acquis depuis la donation, aura la totalité de la masse des biens, 280,000 livres, chargée du total des dettes, 140,000

livres. Son bénéfice sera de 140,000 livres ; il ne pourra diviser les charges ; abandonner les 80,000 livres de biens existans au moment de la donation, pour le paiement des créanciers antérieurs, payer les 40,000 livres de dettes postérieures, et conserver un bénéfice de 160,000 livres.

5. Le donataire de biens présens et à venir, ayant accepté la donation, acquiert, au même instant, la propriété des biens présens. Quant aux biens à venir, son droit ne s'ouvre qu'à la mort du donateur.

A cette époque, les créanciers du donateur, postérieurs à la donation, ont une action contre le donataire, résultante de ce que sa donation comprend les biens acquis depuis le contrat. Sur cette poursuite, le donataire peut leur opposer qu'il a la faculté de prendre les biens du donateur, tels qu'ils se trouvent au moment de son décès, ou de s'en tenir aux biens qui existaient lors de sa donation ; et qu'il lui faut un délai pour aviser quel parti il prendra. Ce délai doit lui être accordé.

6. Mais à combien de temps fixer le délai, qu'on lui accordera pour faire son option ?

Les articles 1, 2, 3 et 4 du titre 7 de l'ordonnance de 1667 règlent le délai que l'héritier présomptif, poursuivi par les créanciers du défunt, doit avoir pour délibérer s'il acceptera ou renoncera à la succession. L'article 5 du même titre accorde à la veuve commune en biens, poursuivie par les créanciers de la communauté, le même délai, sous les mêmes conditions, pour délibérer si elle acceptera ou répudiera la communauté. L'ordonnance des donations ne fixe nulle part le délai qui sera accordé au donataire de biens présens et à venir, pour délibérer s'il prendra les biens du donateur, tels qu'ils se trouvent à son décès, ou s'il s'en tiendra aux biens qui existaient lors de la donation ; il est naturel de lui accorder, à cet égard, les mêmes délais, que ceux que l'ordonnance donne à l'héritier et à la veuve commune en biens, et sous les mêmes conditions. En conséquence, le donataire de biens présens et à venir, poursuivi après la mort du donataire, par les créanciers postérieurs à la donation, aura trois mois, de-

puis la mort de son donateur, pour faire l'inventaire, et quarante jours pour délibérer ; et si l'inventaire a été fait avant les trois mois, le délai de quarante jours commencera du jour qu'il aura été achevé.

Il faut, en outre, appliquer au délai qui doit être accordé au donataire de biens présens et à venir, tout ce qui sera dit du délai accordé à l'héritier présomptif. Voyez *Héritier.*

---

* *C. N.* 943, 1082-4-9. } 943. La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présens du donateur ; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard.

1082. Les pères et mères, les autres ascendans, les parens collatéraux des époux, et même les étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfans à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire.

Pareille donation, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfans et descendans à naître du mariage.

1084. La donation par contrat de mariage pourra être faite cumulativement des biens présens et à venir, en tout ou en partie, à la charge qu'il sera annexé à l'acte un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation ; auquel cas il sera libre au donataire, lors du décès du donateur, de s'en tenir aux biens présens, en renonçant au surplus des biens du donateur.

1089. Les donations faites à l'un des époux, dans les termes des articles 1082, 1084 et 1086 ci-dessus, deviendront caduques, si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité.

819. Les futurs époux peuvent également par leur contrat de mariage se faire respectivement, ou l'un d'eux à l'autre, ou faire à leurs enfants à naître, pareilles donations de biens tant présents qu'à venir, et sujettes aux mêmes règles, à moins d'exceptions particulières.

819. Subject to the same rules, when particular exceptions do not apply, future consorts may likewise, by their contract of marriage, give to each other, or one to the other, or to the children to be born of their marriage, property either present or future.

---

* 1 *Ricard, Don.*, 1*ère partie*, *No.* 364. } 364. Pour ce qui est des donations et conventions qui sont faites par Contrats de mariage, tant par les conjoints, en faveur l'un de l'autre, que par leurs père et mère, ou autres à leur profit, nous n'avons point d'actes, non plus que le Droit Civil, dans lesquels les avantages et les donations ayent été reçus si avantageusement. *Nulla lege prohibitum est universa bona in dotem marito fœminam dare ; l. nulla 4. C. de jure dot.*

Voy. autorités sur art. 818.

---

* *C. N.* 1091. } Les époux pourront, par contrat de mariage, se faire réciproquement, ou l'un des deux à l'autre, telle donation qu'ils jugeront à propos, sous les modifications ci-après exprimées.

---

820. A cause de la faveur du mariage et de l'intérêt que les futurs époux peuvent avoir aux arrangements faits en faveur des tiers, il est loisible aux parents, aux étrangers et aux futurs époux eux-mêmes, de faire en un contrat de mariage où les futurs époux ou leurs enfants sont avantagés par le même donateur, toutes donations de biens présents à des tiers, parents ou étrangers.

Il est loisible pour les mêmes motifs aux ascendants d'un futur époux, de faire dans un contrat de mariage des donations à cause de mort aux frères et sœurs de ce futur époux qui est aussi avantagé par la disposition. Les autres donations à cause de mort faites en faveur des tiers sont nulles.

820. Owing to the favor of marriage and the interest which future consorts may have in arrangements made in favor of third persons, it is lawful for relations, for strangers, and for the future consorts themselves, to make in a contract of marriage whereby the future consorts or their children are benefited by the same donor, all gifts whatsoever of present property to third parties, whether relations or strangers.

For the same reasons, the ascendants of a future consort may, in a contract of marriage by which he also is benefited, make gifts in contemplation of death in favor of his brothers or sisters. All other gifts in contemplation of death made in favor of third parties are void.

Voy. autorités sur arts. 818, 819.

---

* 2 *Troplong, Don.*, *No.* 1196. } 1196. Il est vrai que l'ordonnance de 1731 autorise la donation de biens présents et à venir dans les contrats de mariage, et qu'elle per-

met même de la diviser à certaines conditions. Mais le contrat de mariage fait exception à bien des règles. La donation de biens présents et à venir ne pouvait être exclue des contrats de mariage, qui admettent l'institution contractuelle, avec laquelle elle a de si grandes analogies.

---

* 1 *Lebrun*, *Succ.*, *liv.* 3, *ch.* 2, *No.* 11 *et s.* } 11. Il faut observer, qu'il n'importe pas que des institutions contractuelles soient faites incontinent avant le mariage, mais qu'elles peuvent estre faites longtemps devant, et qu'au contraire elles ne le peuvent estre par un contrat postérieur au mariage. La Coutume d'Orléans a une disposition semblable, lorsqu'elle établit en l'art. 202, que *les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de clauses, pourvû qu'elles soient faites avant la foy baillée, et bénédiction nuptiale :* de même la Coutume de Blois, art. 161. Ce qui est parfaitement bien expliqué par Monsieur d'Argentré, sur l'article 220 de la Coutume de Bretagne, gl. 6, nomb. 3, 4, 5, 8, 9, et par Bacquet, chap. 21, nomb. 73, et Maistre Charles du Molin a prévû cela par une Note qu'il a faite sur l'art. 26 du chap. 14 de la Coutume d'Auvergne, lequel approuvant les conventions de succéder faites en traité de mariage, il a dit sur cet article, *etiamsi tractatus iste diu præcedat matrimonium, secus si sequatur.*

12. La seconde condition est, que l'institution contractuelle soit faite en faveur des mariez ou de leurs descendans, parce que la faveur des contrats de mariage ne concerne que ces personnes, et ces contrats estant à leur égard extrêmement privilégiez, et estant susceptibles de toute sorte de clauses, sont des contrats à l'ordinaire à l'égard des autres personnes qui y sont meslées incidemment. C'est pourquoy l'institution contractuelle du fils faite dans le contrat de mariage de sa sœur, n'est pas valable, non plus que la renonciation d'une fille mineure aux successions futures de ses père et mère, qui serait faite dans le contrat de mariage d'une autre fille : et de même que l'on jugerait encore, que quoique la donation faite

au profit des futurs conjoints, n'ait pas besoin d'estre acceptée par eux ; néanmoins si elle concernait aussi des personnes étrangères, elle devrait estre acceptée de leur part : ce qui aurait encore lieu pour l'insinuation, dont la donation serait exempte, selon le dernier usage, si elle estait faite par un père dans le contrat de mariage de son fils, mais non pas si ce même contrat contenait une donation au profit d'un autre fils : de même à l'égard de la clause qu'on ne pourra demander compte ni partage. De même, les contre-lettres qui sont nulles quand elles sont faites contre des contrats de mariage, et au préjudice des personnes mariées, ne laisseraient pas de valoir au préjudice d'une tierce personne. Enfin, outre ces exemples, nous avons plusieurs Coutumes dans le Royaume, lesquelles par une disposition précise, ne permettent l'institution contractuelle, qu'en faveur des personnes mariées et de leurs descendans, la Coutume de Nivernais, titre des Donations, art. 12, celle de Bourbonnais, art. 219, et celle d'Auvergne, chap. 14, art. 26, et c'est même les étendre assez loin, que de les admettre en faveur des descendans, qui ne sont point encore, et ne peuvent accepter l'institution ou la substitution, qui passe pour un contrat et une donation entre-vifs : ce qui n'a esté admis que par la faveur extrême des contrats de mariage. C'est pourquoy il n'y a pas ordinairement de droit d'accroissement entre deux héritiers contractuels ; non pas seulement par la raison qu'en apporte la Thaumasière en ses décisions, liv. 2, chap. 34, que le droit d'accroissement n'a pas lieu dans les contrats, puisqu'on pourrait répondre à cela que ces institutions participent de la nature des donations testamentaires, en tant qu'elles ne se transmettent pas à toute sorte d'héritiers, comme les contrats et les donations entre-vifs, et qu'elles n'empêchent point de disposer entre-vifs; mais par la raison principalement qu'il n'est guères possible que deux héritiers contractuels soient conjoints *re et verbis*, ou qu'ils le soient seulement *re*, *aut verbis*, puisqu'à moins que d'instituer le mari et la femme, ou de les instituer avec leurs descendans, on ne peut jamais faire une institution con-

tractuelle de deux personnes à la fois : aussi dans le cas proposé par cet Auteur d'une institution de deux frères faite dans le contrat de mariage de l'aîné des deux, il estait vray de dire qu'il n'y avait que le seul aîné qui fust institué d'une institution contractuelle, et que le puiné ne l'estait que par un simple acte régulièrement nul à son égard, comme non accompagné des solemnitez du testament, ou en tout cas toujours révocable *ad nutum.*

Il faut dire néanmoins qu'une substitution contractuelle faite par un père dans le contrat de mariage de son fils qu'il institue, et auquel il substitue les enfans mâles qui naistront du mariage, se doit étendre aux enfans d'un second mariage du fils, au cas qu'il n'en ait point du premier, dans le contrat duquel la substitution a esté faite, parce que cette interprétation est conforme aux intentions du père, à qui les enfans mâles d'un second lit de son fils, sont aussi chers que ceux d'un premier lit : en sorte que la limitation qui résulte de ce qu'il a substitué les enfans qui naîtront du futur mariage, est bonne pour empêcher la concurrence des enfans mâles du second lit, quand il y en a du premier lit ; mais elle n'empêche pas que ceux du second ne viennent au défaut de ceux du premier, comme il est dit en la Loy 4 *ff. de lib. et posth.* que celuy qui institue ses posthumes est censé les avoir instituez *ex quacumque uxore nati sint :* Cela a esté ainsi jugé par l'Arrest de Chabanne de l'an 1637, rapporté par Henrys tom. 1, liv. 6, chap. 5, qu. 25, pag. 648, mais s'il y avait eu des enfans des deux mariages, la substitution aurait esté bornée aux enfans du premier lit, sauf à la limiter comme a fait le Parlement de Toulouse, au rapport de Monsieur de Cambolas, liv. 4, ch. 26, aux biens que le père avait lors de l'institution.

13. Il faut estre averti néanmoins qu'on a inventé un moyen de faire l'équipolant d'une institution contractuelle au profit d'autres personnes que les mariées, en instituant la personne mariée, à la charge d'associer ses frères et sœurs pour une certaine quotité de l'institution, ce qui vaut au profit des frères et sœurs comme une condition de l'institution, mais à

mon avis, pourrait estre révoqué comme n'estant pas une véritable institution contractuelle, et les contre-lettres qui ne sont point contraires aux personnes mariées, estant licites. Enfin, la disposition estant faite en ligne directe, serait encore révocable, nonobstant l'acceptation des frères et sœurs, comme estant une simple démission de biens à leur égard, suivant ce qui nous est enseigné par Maistre Charles du Molin, sur l'art. 8 de l'ancienne Coutume de Paris, gl. 1, nomb. 53, que *in omnibus quæ concernunt futuram alicujus successionem, consensus et voluntas ejusdem mutabilis est, et ambulatoria usque ad mortem*, et sur le § 92, nomb. 10, que *divisio inter liberos est actus ultimæ voluntatis ambulatorius et revocabilis.*

On pourrait néanmoins instituer une fille par son contrat de mariage, et par le même contrat instituer ses frères et sœurs, et faire entr'eux une substitution réciproque, auquel cas estant nécessaire de conserver l'institution et la substitution de la fille instituée et substituée dans son contrat de mariage, il semble qu'on ne pourrait pas conserver cette substitution à son profit, qu'on ne conserverait l'institution et la substitution des autres. Cependant cela se pourrait, estant bien exprès; c'est-à-dire, qu'on pourrait conserver la substitution de la fille mariée aux autres, et la rendre simple, et non réciproque.

---

* *Anouilh*, *Inst. cont.*, *p.* 23 *et s.* } L'institution contractuelle est un don irrévocable de succession ou d'une partie de succession, fait par contrat de mariage par des pères et mères ou même par des étrangers, au profit de l'un des conjoints ou des enfants qui doivent naître du futur mariage.

Le droit coutumier s'était singulièrement écarté du droit romain, relativement à l'institution d'héritier. D'après le droit romain et la jurisprudence des pays de droit écrit, les dispositions testamentaires avaient pour base, pour condition essentielle de validité, l'institution d'héritier (*caput et fundamentum testamenti*); l'héritier institué représentait seul le défunt, suc-

cédait seul à sa personne, avait seul la saisine. Dans les pays de coutume, au contraire, les liaisons du sang et de la nature l'avaient emporté sur la volonté individuelle. A la maxime romaine : *Dicat testator et erit lex*, on opposait celle-ci : *Solus Deus heredem facere potest, non homo.* On ne pouvait point nommer un héritier : *Institution d'héritier n'a point de lieu.* La loi seule faisait ou plutôt désignait l'héritier. C'est à lui, c'est à cet héritier naturel qu'appartenait la saisine ; seul il pouvait continuer la personne du défunt. Dans cet ordre de choses, l'institution contractuelle se présente comme une exception. En pays coutumier, le contrat de mariage a le privilège de créer un héritier. Institution d'héritier ne vaut, sinon en faveur des mariés par le contrat de leur mariage. De là le nom d'institution contractuelle universellement admis dans notre ancien droit, et marquant la réunion dans une même disposition de deux éléments opposés : le testament, acte unilatéral de volonté ambulatoire, et la donation entre vifs, acte conventionnel de volonté irrévocable.

C'est de ce mélange de caractères contradictoires qu'est née la difficulté de déterminer la véritable nature de l'institution contractuelle. Est-ce une donation à cause de mort, est-ce un testament ? est-ce une donation entre vifs ? Ou plutôt n'est-ce pas une disposition *sui generis ?*

"Plusieurs auteurs, dit Furgole, ont parlé des institutions contractuelles et en ont expliqué les effets ; mais je n'en ai trouvé là aucun qui en ait expliqué et développé exactement la nature."

Cette question si controversée n'est pas de vaine curiosité ; la réponse doit influer sur la solution de divers cas particuliers.

De Laurière, Coquille, Ricard, regardaient l'institution contractuelle comme une donation à cause de mort. Les motifs qu'ils en donnaient sont : que l'une comme l'autre est révoquée par le prédécès de celui qui est gratifié ; que l'institution contractuelle a trait de temps, c'est-à-dire est suspendue, quant

à son exécution, jusqu'à la mort de l'instituant ; que l'instituant se préfère à l'institué et préfère l'institué à son héritier.

Lebrun, tout en reconnaissant que l'institution contractuelle a quelques rapports avec la donation à cause de mort, pensait cependant qu'elle approche beaucoup plus de la donation entre vifs, et que, comme un acte qui participe de deux natures doit être réputé de celle dont il tient le plus, l'institution contractuelle est une donation entre vifs, *a nobiliori parte*. En effet, elle est irrévocable. L'instituant ne peut faire une nouvelle institution ; il renonce à la faculté de disposer à titre gratuit et universel de tout ou partie de ses biens. Il paraît même que dans les pays de droit écrit et sous l'empire de quelques coutumes (Touraine, art. 252 ; Loudunois, art. 4, chap. XXVI ; Maine, art. 262), l'instituant abdique la faculté d'aliéner, même à titre onéreux, les biens qu'il possédait au moment de l'institution. Dans ces provinces, l'institution contractuelle est surtout considérée comme une donation entre vifs.

Suivant le professeur Rousseau, l'institution contractuelle est une donation entre vifs ayant pour objet le titre et la qualité d'héritier, lorsque la succession de l'instituant sera ouverte.

Quelques auteurs la regardent comme un testament irrévocable, parce qu'elle fait un héritier.

Domat et Furgole considéraient toutes ces opinions comme également extrêmes. Le premier proposait une solution pour ainsi dire éclectique (titre des Successions, *Lois civiles*, préface). Il disait que l'institution contractuelle ayant sa nature mêlée de celle des testaments et de celle des conventions, on doit distinguer en chaque difficulté si c'est par les règles des conventions ou par celle des testaments qu'on doit la résoudre. Furgole, à son tour, n'était pas fort éloigné de cet avis, puisqu'il écrivait : " C'est une manière de disposer ou une convention que quelques auteurs ont appelée avec raison *amphibie*, qui constitue une classe à part et qui a ses règles particulières."

Quant à nous, obligé de nous prononcer sur cette question, nous trancherons la difficulté, en disant avec Furgole que l'institution contractuelle n'est, à proprement parler, ni dona-

tion entre vifs, ni donation à cause de mort, ni testament, mais un contrat *sui generis*, complexe dans ses caractères, et, avec Domat, qu'il faut emprunter à la variété de ces caractères mêmes la solution des difficultés que le détail de l'application peut faire naître.

En règle générale, l'institution contractuelle ne peut être faite que par contrat de mariage. Stérile et inefficace par elle-même, c'est du contrat de mariage qu'elle tire son existence et sa validité.

Nous avons déjà indiqué les événements à la suite desquels l'institution contractuelle fut reléguée dans le contrat de mariage. Mais pourquoi le contrat de mariage eut-il l'insigne privilège d'être susceptible de recevoir une institution d'héritier ?

C'est, tout les auteurs sont univoques sur ce point, parce que " l'institution d'héritier n'étant pas de notre droit coutumier, et l'institution contractuelle étant également contre le droit, on ne l'a admise que par la faveur des mariages." Nous savons ce qu'il faut penser de cette raison. Nous n'y reviendrons pas.

Comme le fait observer Dumoulin (Coutume d'Auvergne, chap. XIV, art. 26), il ne suffit pas que l'institution soit faite en contemplation d'un mariage à célébrer, il faut encore qu'elle soit faite par le contrat de mariage, ou du moins dans un acte qui, quoique séparé de ce contrat, s'y rapporte, s'y incorpore et soit censé en faire partie. " *Nec sufficit quod fiat in favorem, sed quod in ipso contractu, ut sit pars pactorum dotalium.*" Que si elle n'a pas lieu *in continenti juxtà contractum matrimonii*, elle sera nulle suivant le droit commun. Voilà pourquoi un arrêt du Parlement de Toulouse décida que le père ayant substitué après coup à une donation en contrat de mariage à son fils, le premier enfant mâle, et de lui au second, les substitués étaient irrecevables à vendiquer, sous prétexte de la substitution, les biens aliénés par le donataire.

D'après notre droit coutumier, le contrat de mariage ne peut être passé qu'avant la foi baillée et la bénédiction nup-

tiale. D'après la jurisprudence des pays de droit écrit, les époux avaient, même après la consommation du mariage, la liberté de stipuler le règlement de leur association quant aux biens. " *Pacisci post nuptias, etiamsi nihil ante convenerit, licet.*" (Loi 1, ff. *De pactis dotalibus*). Entre ces deux usages, quel était le meilleur ? Si l'on tient compte des caprices et des faiblesses du cœur humain, de l'intérêt des tiers et des nécessités du crédit, on ne peut que se décider en faveur du droit coutumier. Quoi qu'il en soit, dans les pays de coutume, on ne regardait comme valable que l'institution contractuelle faite avant le mariage. Et cela était rationnel. Indépendamment de ce que les conventions matrimoniales doivent précéder la célébration, pourquoi, lorsque le mariage a été conclu, permettre une dérogation au droit commun, qui n'est admise qu'en vue de facititer et d'amener cette conclusion ? " *Ubi matrimonium contractum est, nullas potest recipere pactiones quæ legibus prohibeantur.*" (Favre, *De erroribus pragmat.* Dec. 38, err. 6, No. 6).

P. 29.—L'institution peut être universelle ou particulière, comprendre tous les biens du donateur ou seulement une certaine quotité.

Si l'institution est indéfinie, elle s'étend à tous les biens de l'instituant, même à ses propres. (Arrêt de Paris, du 30 août 1700, duc de Chevreuse.)

Le principal caractère de l'institution contractuelle par rapport à l'instituant, c'est d'être irrévocable. Convenance de succéder, elle constitue un contrat. Or, il est de la nature des contrats de ne pouvoir être rompus après leur perfection: *contractus ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis.* D'ailleurs l'équité commandait que l'instituant fût dans l'impossibilité de se repentir et de discéder de sa libéralité. L'institution par contrat de mariage est la loi des deux familles qui s'allient. Les époux qu'elle gratifie comptent sur elle. Il serait très-dangereux d'autoriser l'instituant à changer les droits et la fortune de ceux qui se sont mariés sur les assurances qu'on

leur a données dans un contrat solennel. (Arrêt du 3 août 1735. Plaidoyer de l'avocat général Chauvelin.)

Aussi toutes les coutumes consacraient-elles l'irrévocabilité des convenances de succéder. L'ordonnance de 1747 vint à son tour corroborer ce caractère par son article 12, titre I : " Voulons que lesdites institutions contractuelles soient irrévocables, dans tous les pays où elles sont en usage."

Mais en quel sens l'institution contractuelle était-elle irrévocable ? Quelles étaient, par rapport à l'instituant, les suites de cette irrévocabilité ?

Sur cette question, dissidence entre les coutumes. Les unes attribuaient à l'institution contractuelle une irrévocabilité absolue. Les autres relâchaient ce lien en diverses mesures.

D'abord, pas de difficulté en un point. Toutes les coutumes étaient d'accord pour interdire à l'instituant, après le mariage des institués, la faculté de révoquer directement l'institution, et celle de se choisir un autre héritier par contrat ou par testament. " Celui qui a institué aucun son héritier en contrat de mariage et en faveur des mariés ou descendants dudit mariage, ne peut faire autre héritier par testament ou contrat subséquent, quel qu'il soit, au préjudice de l'héritier ou héritiers institués audit contrat." (Art. 222, coutume du Bourbonnais.)

L'instituant pouvait-il, après le mariage, grever l'héritier institué d'une substitution en faveur de ses enfants ou parents collatéraux ? De Laurière soutient l'affirmative ; mais nous préférons, avec Lebrun et Ricard, l'opinion contraire. En effet, qu'est-ce qu'une substitution, sinon une charge, fort onéreuse pour l'institué, puisqu'elle l'empêche d'aliéner les biens sujets à restitution, de disposer en maître absolu des biens substitués ? Qu'est-ce qu'une substitution, sinon une restriction, une modification de la libéralité résultant de l'institution ? Quand donc elle se produit *ex post facto*, quand elle est postérieure à l'institution, elle porte évidemment atteinte à l'irrévocabilité de celle-ci. Elle doit, dès lors, être déclarée nulle, alors même

que l'héritier institué y aurait donné son consentement. (Ainsi jugé, le 31 août 1735, par arrêt en faveur du duc de Villars.)

C'est principalement eu égard aux dispositions particulières faites par l'instituant, postérieurement à l'institution contractuelle, que les coutumes étaient loin de présenter union et concordance. Nous exposerons les systèmes les plus importants.

Le système qui correspondait le mieux au but de l'institution contractuelle, qui combinait le plus heureusement les intérêts de l'instituant et ceux de l'institué, était ainsi défini par l'article 320 de la coutume de Bourbonnais, qui s'appliquait, comme on sait, dans le ressort de la coutume de Paris : " Institution d'héritier et pacte de succéder faits en contrat de mariage, s'entend seulement des biens qui se trouvent délaissés par le décès du disposant, et n'empêche ladite institution ou convention de succéder que ledit instituant ne puisse aliéner ses biens par contrat entre vifs." L'institution contractuelle n'est autre chose que la désignation incommutable d'un héritier. C'est un testament irrévocable. L'instituant veut assurer sa succession à l'institué. Celui-ci, pourvu qu'il conserve dans son intégrité le droit abstrait de succession, n'a pas à se plaindre. Il aura les biens que l'instituant laissera à son décès ; car, suivant les expressions de Lebrun, c'est ce moment qui fixe l'état de la succession, de même que l'arrivée du vaisseau qui était allé en voyage fixe le profit du négoce. L'irrévocabilité de l'institution doit avoir trait au titre d'héritier et non à l'émolument que ce titre procure, émolument éventuel et variable. L'instituant peut modifier, diminuer ou augmenter sa fortune ; par le bienfait de l'institution, il ne s'est pas lié les mains au point de s'être interdit pour l'avenir la disposition des biens composant son patrimoine. Sans cela, qui voudrait faire une institution contractuelle ? Qui se résignerait, en contemplation d'un mariage désiré, à soustraire sa fortune à toute circulation, en la condamnant à une immobilité complète ?

C'est pourquoi plusieurs coutumes, à l'exemple de celle de Bourbonnais, permettaient à l'instituant d'administrer comme

un bon père de famille, de contracter de bonne foi, de vendre, d'hypothéquer, de créer des dettes, de faire quelques libéralités entre vifs ou quelques legs à titre particulier, pourvu que ce fût sans fraude : "*Sed non impeditur quædam particularia legare, manente institutione in suâ quotâ,*" disait Dumoulin sur l'article 222 de la coutume de Bourbonnais ; et, dans sa note sur l'article 12 du chapitre XXIX de la coutume de Nivernais, il exprimait le même sentiment en ces termes : "*Si donatio est universalis, vel quotæ successionis, non impedit quin titulo particulari donator disponere possit inter vivos vel in testamento aliàs quam per institutionem.*"

Comme nous l'avons fait observer, les dispositions à titre onéreux ou à titre gratuit, pour être maintenues, devraient être exemptes de fraude. Mais comment savoir si celui qui, après avoir fait une institution contractuelle, aliène une partie de ses biens, agit en fraude des droits de l'institué ? "Combien, dit Lebrun, y a-t-il de secrètes nécessités qui obligent à vendre et à emprunter, de justes reconnaissances qui obligent à donner !" Cette question devait être abandonnée à l'appréciation des magistrats. La fraude peut être annoncée, tantôt par l'exagération de la libéralité, tantôt par les circonstances où la libéralité se produit. Ainsi, il fut jugé dans la cause du duc d'Epernon contre Mme de Montpensier (arrêt du 25 mars 1599), que si un père, après avoir institué son aîné, faisait en faveur des puînés une donation au delà de leur part afférente, cette disposition était faite en fraude de l'institution, comme diminuant ostensiblement la part promise à l'aîné institué. Mais l'instituant aurait la liberté, nonobstant l'institution contractuelle, de rappeler ses enfants à sa propre succession.

L'irrévocabilité de l'institution contractuelle produisait des effets naturellement plus rigoureux, lorsque l'institution était accompagnée de la réserve de pouvoir disposer jusqu'à concurrence d'une certaine valeur. Alors l'instituant pouvait bien aliéner sans fraude, à titre onéreux ; mais il était obligé, quant aux libéralités entre vifs ou testamentaires, de respecter les bornes qu'il s'était imposées à lui-même par sa réserve.

[ARTICLE 820.]

P. 37.—En règle générale, l'institution contractuelle ne peut s'adresser qu'aux futurs époux ou aux enfants à naître de leur mariage : aux futurs époux, puisque le but que se propose l'instituant, c'est de faciliter leur union par une libéralité qui leur assure la perspective de quelques biens ; aux enfants à naître, car l'institution est faite non-seulement en vue du mariage, mais encore en vue de la famille qui en doit provenir.

Au surplus, l'institution peut être bornée au mari ou à la femme, ou bien embrasser les deux époux à la fois. De même, elle peut être restreinte à un des enfants à naître ou les comprendre tous ensemble.

Et cela, quoiqu'ils ne soient pas *in rerum naturâ*, et que par cette raison il y ait défaut d'acceptation de leur part ; car, suivant les expressions de Coquille, " l'espérance de leur naissance est naturelle et consonante à honneste souhait, qui fait qu'elle est considérable et chet en commerce et toute disposition."

Ces principes sont formellement consacrés par un grand nombre de coutumes, notamment par celle de Bourbonnais (art. 219), par celle de Nivernais (art. 12 du titre *des Donations*), et par celle d'Auvergne (ch. XIV, art. 26).

De ce que l'institution contractuelle ne peut comprendre que les futurs époux et leurs descendants, il résulte que l'institution du fils faite par le contrat de mariage de sa sœur ne serait pas valable.

Guy Coquille se demandait, sur l'article 12 de la coutume de Nivernais, ce que devrait valoir la convenance de succéder faite au contrat de mariage, non-seulement au profit des mariés ou de leurs enfants à naître, mais encore au profit d'autres personnes ; et il répondait en ces termes : " Il est certain qu'à l'égard des autres qui ne contractent mariage, c'est une simple donation pour cause de mort, qui de sa nature est révocable, et ne peut valoir sinon comme legs testamentaire." Mais cette décision est contraire au droit qui régit les actes de dernière volonté. Une donation à cause de mort est un contrat. Or, suivant de Laurière, il est impossible qu'une institution

d'héritier qui émane du testateur seul puisse être regardée comme un contrat. D'un autre côté, comme le fait observer Merlin, pour considérer comme legs l'institution contractuelle faite au profit d'autres personnes que les mariés ou leurs descendants, il faudrait que les testaments où se trouvent des mélanges d'actes étrangers fussent valables, ce qui n'est pas admis en droit coutumier.

On avait cependant trouvé le moyen de faire une institution contractuelle au profit d'autres personnes que les mariés ou leurs enfants à naître : c'était la clause d'association.

Cette clause consistait en ce que l'instituant chargeait l'institué de s'associer un tiers, ordinairement ses frères et sœurs, pour une certaine quotité. L'association était, suivant les uns, une condition de l'institution ; suivant les autres, une substitution fidéicommissaire. Le tiers associé, quoiqu'il ne se mariât pas et fût par conséquent incapable d'être institué directement, recevait indirectement sa part du bénéfice de l'institution : il venait la demander dans la succession de l'instituant recueillie par l'institué. Mais, ce qui établissait une certaine dissemblance entre l'institution contractuelle proprement dite et la clause d'association, c'est que cette dernière pouvait, — suivant le témoignage de Furgole et de Lebrun, et parce que la faveur du contrat de mariage qui rend l'institution contractuelle irrévocable ne profite qu'aux conjoints et à leurs descendants,—être révoquée par l'instituant, du moins antérieurement à l'ordonnance de 1747 sur les substitutions, qui rendit irrévocable toute substitution apposée à une institution contractuelle.

Les substitutions contractuelles qui accompagnaient souvent les institutions contractuelles fournissaient un second moyen de faire participer au don irrévocable de la succession de l'instituant des personnes autres que les mariés ou leurs descendants. En effet, les substitutions contractuelles pouvaient être faites en faveur, soit des mariés et de leurs enfants à naître, soit des collatéraux et des étrangers. Quand l'instituant substitue un époux à l'autre, ou bien un ou plu-

sieurs descendants au conjoint institué, la substitution contractuelle forme une seconde institution irrévocable comme la première à laquelle elle est attachée. Que si le donateur, après avoir institué un futur époux, lui substitue un étranger, cette substitution forme une charge de l'institution et est valable comme telle ; car la substitution puise sa force dans la volonté du substituant, et l'ordonnance d'Orléans (art. 59), ainsi que celle de Moulins (art. 57), autorisent les substitutions contractuelles en général, sans distinguer si les substitués sont descendants ou étrangers eu égard à l'institué. Mais il faut répéter ici ce que nous avons déjà dit à propos de la clause d'association : c'est que la substitution contractuelle, faite au profit d'autres personnes que les futurs époux ou leurs enfants à naître, était révocable de la part de l'instituant, du moins antérieurement à l'ordonnance de 1747. N'étant pas motivée par la contemplation de l'union des futurs époux, elle ne peut pas être couverte, comme l'institution, de la faveur du contrat de mariage.

La substitution contractuelle était d'un usage très-fréquent dans notre ancien droit. On l'admettait même dans les coutumes qui réprouvaient les substitutions testamentaires, c'est-à-dire dans les pays par excellence de l'institution contractuelle, dans le Bourbonnais, la Marche et l'Auvergne. Elle corroborait l'effet de l'institution et contribuait puissamment à la prospérité des familles. En effet, l'institué était obligé de conserver jusqu'à sa mort les biens faisant partie de l'institution et de les rendre, à cette époque, à la personne substituée, c'est-à-dire habituellement à ses enfants, et, parmi ceux-ci, exclusivement à l'aîné. Qui n'aperçoit combien, à l'aide d'un tel moyen, les anciennes maisons nobiliaires pouvaient rehausser leur éclat par l'immensité de leurs possessions territoriales !

Qu'arrivera t-il si l'institué meurt avant l'instituant ? que deviendra l'institution ? passera-t-elle à tous les enfants de l'époux institué ou à ses héritiers, quels qu'ils soient ?

Au premier abord, il semble que l'institué doit transmettre

dans sa succession le droit résultant de l'institution, et que, par voie de suite, cette transmission profite à tous ses héritiers indistinctement, descendants, collatéraux ou étrangers. Il en serait ainsi si l'institution contractuelle était une donation entrevifs pure et simple, le donataire institué étant saisi par son acceptation du droit de succéder au donateur instituant. Mais nous savons que l'institution contractuelle n'était considérée comme donation entrevifs que quant à son irrévocabilité seulement. C'est pourquoi on avait universellement admis que l'héritier institué par contrat de mariage, décédant avant l'instituant, transférait son droit à ses propres enfants et non à toute sorte d'héritiers. L'instituant, en jetant les fondements de l'établissement de l'institué, a bien voulu pourvoir à la prospérité de la famille directe de celui-ci, mais non à celle de ses collatéraux ou des étrangers. Quand donc l'institué meurt avant l'instituant, et sans laisser des enfants, l'institution contractuelle est caduque. Au contraire, quand l'institué prédécédé laisse des enfants, l'institution contractuelle profite à ces derniers (coutume de la Marche, art. 194). Mais remarquons bien que, pour empêcher la caducité, il faut que l'institué laisse des enfants non pas d'un lit quelconque, mais nés du mariage en faveur duquel l'institution a été faite.

Sur quel fondement les enfants de l'institué prédécédé sont-ils appelés à la succession de l'instituant ? Ce n'est pas parce que le droit de l'institué leur a été transmis, puisque l'institué, étant mort avant l'instituant, n'a pas pu succéder à ce dernier. Voici l'opinion de Lebrun sur cette question ; nous l'adoptons sans réserve : " Les enfants de l'héritier contractuel prédécédé sont appelés sur le fondement de la volonté présumée de l'instituant, lequel est réputé avoir voulu pourvoir aux intérêts des enfants à naître, aussi bien qu'à ceux des futurs époux." Ricard exprime le même sentiment en ces termes : "Il est à présumer qu'on a aussi bien considéré le fruit qui devait provenir du mariage que les personnes qui contractent. Et même les enfants sont la seule cause de la faveur, le mariage n'étant privilégié qu'autant qu'il est considéré comme

l'unique moyen de perpétuer les républiques et de fortifier les Etats, ce qui ne s'accomplit que par la production des enfants." L'institution faite purement et simplement à l'un des conjoints ou aux deux conjoints à la fois est censée renfermer une substitution vulgaire tacite en faveur des enfants à naître. Ceux-ci auraient pu être substitués expressément. La loi suppose qu'ils l'ont été. Aussi viennent-ils *jure suo* à la succession de l'instituant. Ils peuvent se prévaloir de l'institution contractuelle alors même qu'ils renoncent à la succession de l'époux institué. Ils sont censés tenir les biens donnés non de cet époux, mais directement de la main de l'instituant.

De là il résulte que si l'héritier institué contractuellement a nommé un de ses fils son légataire universel, celui-ci ne profite pas seul de l'institution ; tous les enfants ensemble doivent en profiter, le testateur n'ayant pas pu comprendre dans sa disposition testamentaire ce qu'il n'aurait pu transmettre *ab intestat* à des héritiers collatéraux.

La substitution vulgaire des enfants à naître du mariage étant fondée sur l'interprétation de la volonté de l'instituant, il est évident que les enfants issus du mariage de l'institué n'ont aucun droit à la succession de l'instituant après le prédécès de l'institué, si l'institution contractuelle a été formellement restreinte à la personne des futurs époux.

La substitution vulgaire ne doit pas être confondue avec la substitution fidéicommissaire des enfants à naître. La première est caduque, lorsque l'époux institué survit à l'instituant, tandis que la seconde ne peut recevoir son effet que si l'instituant meurt avant l'époux institué.

Voy. *C. N.* cité sur art. 818.

[ARTICLE 821.]

821. Les donations de biens présents par contrat de mariage sont, comme toutes autres, sujettes à l'acceptation entrevifs. L'acceptation se présume néanmoins dans les cas mentionnés en la section deuxième de ce chapitre. Les tiers donataires qui n'ont pas été présents à l'acte peuvent accepter séparément avant ou après le mariage.

821. Gifts of present property by contract of marriage are, like all others, subject to acceptance *inter vivos*. The acceptance is presumed in the cases mentioned in the second section of this chapter. Third parties not present to the deed may accept separately, either before or after the marriage, gifts made in their favor.

Voy. autorités sur arts. 772, 781 et 782.

---

* 1 *Ricard*, *Don.*, 1ère *partie*, *Nos.* 875-6. } 875. Encore que l'acceptation formelle soit aussi absolument désirée, que nous venons de dire, pour contribuer à l'accomplissement d'une donation, néanmoins les Arrêts de la Cour, qui peuvent faire Loi en de semblables rencontres, en ont dispensé les donations faites par contrat de mariage, à l'égard desquelles nous admettons l'acceptation par équipolence ; comme étant réellement accomplie par le mariage subséquent, par la consommation duquel les conjoints vérifient et acceptent par effet les conventions contenues en leur contrat.

876. Le premier Arrêt qui se trouve dans nos Livres à ce sujet, a été donné au rapport de M. du Vair, le 14 Juillet 1587. Il a été suivi d'un autre solennel intervenu le 31 Mars 1607 au rapport de M. Boucher, après avoir demandé la question aux Chambres. Ce dernier Arrêt a déclaré valable la renonciation faite par une sœur dans le contrat de mariage de son frère, et à son profit, aux portions qui lui appartenaient dans les successions de leurs père et mère ; encore qu'il n'y eût pas

eu d'acceptation expresse de la part du frère donataire. M. le Président de Cambolas, en ses *Décisions notables*, liv. 5, chap. 7, rapporte un semblable Arrêt du Parlement de Toulouse, du 12 Janvier 1624.

---

* *Ord. des Don.* 1731, *arts.* 10, 12 *et* 13. } 10. N'entendons pareillement comprendre dans la disposition des articles précédents, sur la nécessité et la forme de l'acceptation dans les donations entre-vifs, celles qui seraient faites par contrat de mariage aux conjoints ou à leurs enfants à naître, soit par les conjoints mêmes, ou par les ascendants ou parents collatéraux, même par des étrangers, lesquelles donations ne pourront être attaquées ni déclarées nulles sous prétexte de défaut d'acceptation.

12. Voulons pareillement qu'en cas qu'une donation faite à des enfants nés et à naître, ait été acceptée par ceux qui étaient déjà nés dans le temps de la donation, ou par leurs tuteurs et autres dénommés dans l'article VII, elle vaille, même à l'égard des enfants qui naîtront dans la suite, nonobstant le défaut d'acceptation faite de leur part ou pour eux, encore qu'elle ne soit point faite par contrat de mariage, et que les donateurs soient des collatéraux, ou par des étrangers.

13. Les institutions contractuelles, et les dispositions à cause de mort qui seraient faites dans un contrat de mariage, même par des collatéraux ou par des étrangers, ne pourront être attaquées par le défaut d'acceptation.

---

* *C. N.* 1087. } Les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées, ni déclarées nulles, sous prétexte de défaut d'acceptation.

[ARTICLE 822.]

822. La donation des biens présents ou à venir par contrat de mariage, même quant aux tiers, n'est valide que si le mariage a lieu. Si le donateur ou le tiers donataire qui a accepté décèdent avant le mariage, la donation n'est pas nulle, mais sa validité continue d'être suspendue par la condition que le mariage aura lieu.

822. Gifts by contract of marriage of present or future property are valid, even as regards third parties, only in the event of the marriage taking place. If the donor or the third party who has accepted the gift die before the marriage, the gift is not void, but remains suspended by the condition that the marriage will take place.

---

* *Cod. De nuptiis, l. 24.* } 24. Sancimus, si quis nuptiarum fecerit mentionem in qualicumque pacto, quod ad dandum, vel ad faciendum, vel non dandum, vel non faciendum concipitur, et sive nuptiarum tempus dixerit, sive nuptias nominaverit : non aliter intelligi conditionem esse adimplendam, vel non extenuandam, nisi ipsa nuptiarum accedat festivitas : et non esse tempus inspiciendum, in quo nuptiarum ætas vel fœminis post duodecimum annum accesserit, vel maribus post quartumdecimum annum completum : sed ex quo vota nuptiarum re ipsa processerint. Sic etenim et antiqui juris contentio dirimetur, et immensa librorum volumina ad mediocrem modum tandem pervenient. (*Imp. Just. ad Senatum.*)

Ibidem. Trad. de P. A. Tissot. } 24. Nous ordonnons que si quelqu'un a fait mention dans un pacte quelconque, soit qu'il ait pour objet de donner ou de faire quelque chose, ou de ne pas donner ou de ne pas faire, du tems du mariage ou du mariage lui-même, cette condition ne soit censée être accomplie qu'à l'époque où le mariage a été contracté, et qu'on ne considère l'âge auquel il est permis de se

marier, qui est fixé pour les femmes à douze ans et pour les hommes à quatorze, mais seulement l'époque à laquelle le mariage a eu lieu ; que de cette manière les doutes nés de l'ancien droit soient détruits, et que le nombre infini de volumes faits à ce sujet, soit enfin réduit à un nombre médiocre. (*L'Empereur Justinien au Sénat.*)

---

* 7 *Pothier, Com.*, *Nos.* 17, 18, 19. } 17. Nous remarquons dans les conventions matrimoniales deux caractères qui leur sont propres.

Premier caractère.—Le premier caractère qui est propre à toutes les conventions matrimoniales, et aux donations faites par des contrats de mariage, est qu'elles sont toutes censées faites sous la condition tacite, *si nuptiæ sequantur :* c'est pourquoi, si les promesses de mariage que les parties se sont faites, viennent à se rompre, toutes ces conventions et donations deviennent nulles, et sont regardées comme non avenues, *quasi ex defectu conditionis.*

Il n'y a qu'un mariage valable et qui ait les effets civils, qui puisse accomplir cette condition. C'est pourquoi, lorsque le mariage que des personnes ont contracté, est nul par quelque empêchement dirimant qui s'y rencontre ; ou même lorsque le mariage étant valable, il est privé des effets civils, tels que sont les mariages qui ont été contractés *in extremis*, après un mauvais commerce qui a précédé, ou qui ont été tenus secrets jusqu'à la mort de l'une des parties (sur quoi voyez notre *Traité du mariage*, part. 5, ch. 2, art. 3) ; en l'un et en l'autre cas, toutes les conventions et donations portées par le contrat de mariage de ces personnes, sont nulles, et la femme ne peut demander ni communauté, ni douaire. L'homme, ou ses héritiers doivent seulement, *condictione sine causâ*, rendre à la femme ou à ses héritiers ce qu'il a reçu d'elle.

Observez néanmoins que, lorsque l'empêchement qui rend le mariage nul, a été ignoré de bonne foi par les parties, ou

par l'une d'elles, la partie qui a été de bonne foi, peut profiter des conventions et donations portées au contrat de mariage, comme nous l'avons vu en notre *Traité du mariage*, Nos. 438, 439.

18. *Second caractère.*—Un second caractère qui est propre aux conventions matrimoniales, et aux donations portées par les contrats de mariage, est qu'aussitôt qu'elles ont été confirmées par la célébration du mariage qui a suivi le contrat, il n'est plus permis aux parties d'y déroger en rien, même par leur consentement mutuel.

Ce principe a lieu, non-seulement à l'égard des conventions expresses qui sont portées par un contrat de mariage, mais encore à l'égard des conventions virtuelles et implicites qu'on suppose intervenues entre les personnes qui ont contracté mariage. C'est pourquoi, lorsque des personnes soumises à une coutume qui admet la communauté de biens entre mari et femme, sans que les parties s'en soient expliquées, ont contracté mariage sans passer aucun contrat de mariage, la convention virtuelle et implicite par laquelle ces personnes sont censées s'en être rapportées à leur Coutume pour leurs conventions, et être en conséquence convenues d'une communauté de biens, est une convention aussi invariable que si elle eût été expresse et portée par un contrat de mariage. Aussitôt que le mariage a été célébré, il n'est plus permis aux parties d'y déroger, même par un consentement mutuel, soit en déclarant qu'elles n'ont point entendu, en se mariant, contracter une communauté de biens, soit en convenant de la faire cesser pour l'avenir par une séparation de biens.

Même dans le cas auquel la dissipation que le mari fait de ses biens, fournirait un juste sujet de séparation, les partie ne pouvant pas déroger à leur convention de communauté, ne peuvent, par leur seul consentement, convenir de la séparation : il faut qu'elle soit ordonnée par le juge en connaissance de cause, comme nous l'allons voir dans notre *Traité de la communauté.*

19. Les conventions matrimoniales sont tellement irréfor-

mables, que les parties ne peuvent pas, par leur contrat de mariage, se réserver la faculté de changer ou réformer quelqu'une desdites conventions, parce que ce serait se réserver la faculté de s'avantager durant le mariage, ce qui n'est pas permis ; *V. suprà*, No. 7.

Suivant ce principe, Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. 1, chap. 3, No. 9, décide que les parties qui se marient avec clause d'*exclusion de communauté*, ne peuvent pas valablement se réserver, par leur contrat de mariage, la faculté de déroger par la suite, pendant leur mariage, à cette clause, et d'établir entre elles la communauté, telle qu'elle est réglée par la coutume. Dumoulin, sur l'art. 110 de la coutume de Paris, No. 4, décide la même chose, et dit que c'était de son temps l'avis du barreau. Lebrun convient néanmoins, que par un arrêt du 27 juillet 1634, rendu pour la famille de M. Thiersaut, rapporté par Brodeau sur Louet, lettre M, sommaire 4, No. 5, cette réserve a été confirmée ; mais il ne croit pas qu'on doive suivre la décision de cet arrêt.

---

* 4 *Troplong, Don., sur art.* 1088 *C. N.* } 2471. Dans toute donation faite en faveur de mariage, le mariage est la cause finale de la disposition. Si donc le mariage n'est point célébré, la donation est caduque. Telle est la disposition de notre article, disposition fondée sur l'interprétation de la volonté du disposant. Car celui qui donne à une personne, pour favoriser son mariage, ne donnerait pas à la même personne si elle gardait le célibat.

C'est ce qui faisait dire à la loi romaine : *quasi causa non secuta, habere potest condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato.*

Et remarquez que ce n'est pas seulement la donation renfermée dans un contrat de mariage qui est soumise à cette cause de caducité ; ce sont encore toutes les donations quelconques, même celles qui sont faites en dehors du contrat de

mariage, pourvu qu'elles aient pour but de favoriser un mariage.

2472. L'ordonnance de 1731 ne contenait pas de disposition semblable à celle de notre article ; on peut s'étonner de cette omission. Car notre question de caducité était controversée entre les auteurs malgré l'autorité des lois romaines. On peut consulter la savante dissertation de Furgole, -pour établir l'opinion que notre article a consacrée.

La raison qui avait fait naître ces dissentiments, était prise de ce que dans les pays de droit écrit le père était obligé de pourvoir à l'établissement de son enfant, et qu'en donnant il devait être présumé avoir voulu non pas précisément et uniquement faciliter un mariage en particulier, mais plutôt assurer d'une manière générale l'établissement de son fils. Mais Furgole repoussait très-bien cette interprétation. L'obligation où est le père d'établir son enfant, laisse au père l'appréciation des circonstances qui rendent un établissement convenable. Il donne en vue et en considération d'un mariage qu'il approuve ; si ce mariage manque, la donation doit lui faire retour, sauf le droit du fils de demander ultérieurement une donation ou une dot, selon les facultés de son père, lorsqu'il trouve une occasion nouvelle et opportune de s'établir

Aujourd'hui la difficulté ne peut plus se présenter, non pas seulement parce que l'art. 1088 la tranche formellement, mais encore parce que le père n'étant plus obligé de pourvoir à l'établissement de son fils, donne, ainsi que le ferait un étranger, en vue d'un mariage déterminé qu'il veut encourager.

2473. Nous disions tout à l'heure que notre article embrasse non-seulement les donations faites par contrat de mariage, mais encore les donations faites en faveur du mariage, quoique en dehors de ce contrat. En cela notre article est plus large que l'art. 1087, qui ne concerne que les donations faites par contrat de mariage. La raison en est que, quelles que soient les circonstances dans lesquelles intervient la donation, elle manque de cause quand le mariage, qui est son objet essentiel, ne se réalise pas.

On remarquera, du reste, que toute donation faite par contrat de mariage est réputée faite en faveur du mariage, tandis que la donation faite en dehors du contrat de mariage n'est considérée comme faite sous la condition du mariage, que si le donataire exprime qu'il a été déterminé par la considération du mariage projeté.

Il y a une autre observation à faire. Quand la donation est faite par contrat de mariage, il est clair qu'elle n'a en vue taxativement que le mariage qui fait l'objet du contrat; de sorte que si ce mariage manque, la donation ne saurait s'appliquer à un autre mariage.

Mais dans une simple donation en faveur de mariage, les circonstances peuvent faire que la donation ait plutôt en vue le mariage quelconque du donataire que tel mariage en particulier.

La jurisprudence nous offre un exemple de ceci. Le sieur Foy, chanoine de Beauvais, fait à son neveu Carette, en considération de son mariage, une donation de 3,000 livres avec retention d'usufruit. Carette était alors en pourparler de mariage. Il donne à son oncle un écrit dans lequel il reconnaît que c'est en considération de son futur mariage que la donation lui a été faite et que si ce mariage ne se réalise pas, il renonce à s'en servir. Le mariage manque. Dix ans plus tard, Carette se marie, et l'oncle étant mort, les héritiers soutenaient que la donation de 3,000 était caduque, le mariage qu'elle avait en vue ne s'étant pas fait. Ils argumentaient en particulier de la persistance de l'oncle à conserver la reconnaissance de son neveu. Mais on répondait que l'oncle avait voulu surtout le mariage de Carette, qu'il avait vu le second mariage sans montrer aucune intention de se servir du billet. Sur les conclusions conformes de M. de Lamoignon, avocat général, il intervint un arrêt à la date du 23 août 1694 qui maintint la donation.

2474. La caducité s'applique même aux donations déguisées sous forme d'un contrat à titre onéreux, et qui ne sont faites qu'en considération d'un mariage projeté.

En voici un exemple curieux : le 15 septembre 1813, une dame veuve Delamotte vendit au sieur Desmares une ferme située en Normandie, moyennant le prix de 40,000 francs. Il était dit dans le contrat passé devant notaire, que le prix avait été payé, savoir : 10,000 fr. avant la passation de l'acte, 20,000 fr. au moment même de l'acte et en présence du notaire, et que les 10,000 fr. de surplus resteraient entre les mains de l'acheteur, pour payer des créanciers hypothécaires de la dame Delamotte. Dès avant cette vente, il existait un projet de mariage entre le sieur Desmares et la dame Delamotte. Le 21 septembre 1813, c'est-à-dire quelques jours après la vente, des conventions matrimoniales furent en effet arrêtées entre les mêmes parties. Dans ce contrat la dame Dela motte se constitue pour tous apports une somme de 1,500 fr. et le sieur Desmares déclare ne posséder que 10,000 fr. de fortune. Ni l'un ni l'autre ne faisaient mention, l'un de l'immeuble qu'il venait d'acquérir, l'autre des sommes qu'elle devait avoir reçues quelques jours auparavant pour prix de cet immeuble.

Ultérieurement le sieur Desmares, qui était déjà en possession de l'immeuble à lui vendu, a refusé de se marier à la dame Delamotte.

Le 4 mars 1816, la dame Delamotte a fait assigner le sieur Desmares, devant le tribunal de Bayeux, en délaissement de l'immeuble par elle vendu, sur le motif que l'acte de vente du 15 septembre 1813 n'était qu'une donation en vue du mariage alors convenu entre les parties, et caduque puisque le mariage n'avait pas eu lieu.

Le tribunal, par jugement du 23 août 1816, constate que :
" De la réunion de toutes les circonstances qui ont précédé,
" accompagné et suivi cette vente, il résulte qu'il n'y a jamais
" eu de la part de la dame veuve Delamotte, volonté sérieuse
" de transporter à Desmares à titre de vente, les biens dont il
" s'agit, non plus qu'un consentement formel de la part de
" celui-ci d'en payer la valeur, ; que la dame Delamotte n'a
" d'autre but que d'avantager Desmares dans l'espoir du ma-

" riage qu'elle devait contracter." En conséquence, le tribunal fait à la cause application de l'art. 1088 du Code.

Sur l'appel interjeté par le sieur Desmares, la cour de Caen a rendu un arrêt confirmatif en date du 30 août 1817, et le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté le 7 mars 1820.

2475. C'est le non-accomplissement du mariage qui fait évanouir la donation. Il est donc clair que cette donation est frappée de caducité quand le mariage n'a pas été célébré. Mais en est-il de même quand le mariage, après avoir été célébré, est déclaré nul ?

Nous n'hésitons pas à le croire : il n'y a pas de différence, pour le cas qui nous ocupe, entre un mariage qui n'est pas célébré et celui qui a été célébré nullement. Dans l'un et l'autre cas la condition est défaillie.

L'art. 1088 nous fournit une raison puissante de le décider ainsi. La donation faite en faveur du mariage a le mariage pour condition et pour cause finale. Or le mariage n'existe pas ; il n'a jamais eu d'existence régulière ; le jugement d'annulation a révélé et non créé le vice qui l'infectait dès l'origine. La libéralité dont il s'agit, manque donc de cause ; la condition, sous laquelle elle a été faite, a fait défaut.

Il n'y a pas à distinguer si le donateur savait ou ne savait pas l'empêchement au mariage. S'il l'ignorait il faut venir au secours de sa bonne foi ; s'il le connaissait, il faut supposer que, dans sa pensée, le vice devait rester couvert et ne pas éclater par une nullité du mariage.

2476. M. Delvincourt partage notre opinion ; mais il veut que la donation soit révoquée " entre les parties seulement, " et sans préjudice des droits que des tiers de bonne foi ont " pu acquérir sur les biens donnés." Cette limitation est arbitraire : soit que l'on considère la donation faite en faveur d'un mariage qui ne s'est pas réalisé, comme nulle faute de cause ou comme caduque par la défaillance d'une condition suspensive, il est impossible d'attribuer quelque effet à la donation.

Le donataire n'a jamais été en réalité propriétaire des biens

donnés ; il a seulement paru l'être aux yeux de ceux qui ignoraient la nullité du mariage. Il n'a pas pu transférer à des tiers un droit qu'il n'avait pas lui-même. Les tiers qui ont traité avec le donataire ne puisent pas davantage dans leur bonne foi un droit que le contrat ne leur a pas conféré. Il n'y a donc pas de raison pour que les biens donnés ne retournent pas au donateur, dans le cas prévu, du moins s'ils sont immeubles. S'ils sont meubles, les tiers de bonne foi invoqueront l'art. 2279.

2477. Après avoir examiné le cas de la nullité du mariage, posons le cas où, le mariage subsistant, la nullité tombe sur le contrat de mariage relatif aux intérêts pécuniaires des époux. Ici, il ne s'agit plus de la caducité de la donation. C'est seulement une nullité de forme de cette donation que nous allons toucher.

Pour résoudre cette question il faut parcourir quelques hypothèses :

Le contrat de mariage peut être nul parce qu'il manque des formalités extérieures exigées pour ce contrat et même pour une simple donation ; par exemple : le contrat a été fait par acte sous seing privé, au lieu d'être fait par acte notarié Dans cette hypothèse que nous avons examinée ailleurs, il est clair que la donation est nulle, aussi bien que les conventions matrimoniales des époux.

Le contrat de mariage peut être nul, bien qu'il ait été fait par acte notarié : par exemple, lorsqu'il n'y a pas le concours effectif, réel et régulier des parties contractantes. Supposons ce cas : le contrat a été fait en l'absence d'un des futurs époux ; ses parents se sont portés fort pour lui ; mais aucune ratification n'est intervenue de sa part avant la célébration du mariage. Dans cette seconde hypothèse quelques distinctions sont nécessaires pour arriver à la solution.

Si la donation porte sur les biens à venir ou si elle est une de celles qui ne sont permises, par exception, que dans un contrat de mariage, en ce cas elle est nulle. Renfermée dans un contrat qui ne vaut pas comme contrat de mariage, elle

suit le sort de l'acte annulé. Mais si la donation porte sur les biens présents du donateur, il n'y a pas impossibilité que cette donation vaille ; et elle vaut quand elle est constatée par un acte notarié qui, bien qu'il soit nul comme contrat de mariage, vaut cependant comme acte de donation ordinaire. Supposons que le donateur soit mineur et non présent, la donation ne sera pas nulle si elle a été acceptée pour lui par ses père et mère. Si elle ne se soutient pas à titre de contrat de mariage, elle prendra sa force dans le contrat de donation de biens présents.

Que si, au contraire, la donation, nulle à titre de contrat de mariage, manque des formalités voulues pour les donations ordinaires, rien ne pourra la protéger.

C'est ce qu'a jugé la cour de Toulouse dans une espèce où une donation de somme d'argent avait été faite par contrat de mariage à l'un des époux absent. Comme cette donation n'avait pas été acceptée par le donataire, ainsi que l'exige le droit commun, la cour en prononça la nullité.

2478. Revenons à la caducité de la donation.

Pour que la condition qui empêche la caducité soit réputée légalement accomplie, il n'est pas nécessaire que le mariage se célèbre du vivant du disposant, et l'on ne saurait dire qu'il arrive trop tard si le disposant est prédécédé.

Quelque évidente que soit cette proposition, elle a cependant été controversée dans l'ancien droit. On avait eu l'idée de prétendre que la disposition était caduque, parce que les futurs époux n'étaient saisis du droit résultant de la donation ou de l'institution qu'après la célébration du mariage ; qu'il fallait par conséquent que le disposant fût encore à ce moment propriétaire et capable de transférer le droit objet de la donation.

Mais, répondait Chabrol, " la célébration du mariage est à " la vérité une condition de l'institution : mais pour l'accom- " plissement de la disposition, il n'est pas nécessaire que cette " condition arrive pendant la vie de l'instituant : on peut " donner sous une condition qui ne s'effectue qu'après la

" mort de celui qui donne... Si l'instituant ne peut pas révo-
" quer la disposition dans l'intervalle du contrat à la célébra-
" tion..., sa mort ne doit pas opérer plus d'effet."

Il cite des arrêts qui l'ont ainsi jugé.

Il est à peine nécessaire de dire que, sous l'empire du Code Napoléon, la solution doit être la même et repose sur les mêmes motifs.

2479. A plus forte raison, l'incapacité de donner, survenant dans la personne du donateur, entre le contrat et le mariage, serait-elle sans influence sur la donation ou l'institution contractuelle. Le rôle du donateur est terminé, et les événements qui affectent sa personne après la disposition légalement faite, ne sauraient réagir sur l'accomplissement de la donation par le donataire.

---

* 1 *Troplong*, *Mariage*, *No.* 90 *et s.*, *sur art.* 1387-8 *C. N.* } 90. Le contrat de mariage est du nombre des contrats accessoires, en ce sens qu'il accède au mariage, à cette union des personnes dont la religion a fait un sacrement et dont la loi a fait plus qu'un contrat ordinaire. Il n'existe qu'avec le mariage, il n'existe pas sans lui. Mais il a cela de particulier que lorsqu'il est l'ouvrage de la volonté solennelle des parties, il doit nécessairement précéder le mariage, et qu'il l'accompagne quand il est l'œuvre de la volonté tacite ; il ne peut jamais lui être postérieur.

Il suit de là que le contrat de mariage est subordonné à cette condition tacite, que le mariage aura lieu. *Dotis promissio*, dit Papinien, *futuri matrimonii tacitam conditionem accepit ;* et Ulpien : *Hanc habet conditionem*, SI MATRIMONIUM FUERIT SECUTUM, de telle sorte que si le mariage manque, les conditions matrimoniales sont caduques. Supposons, par exemple, que, le mariage étant arrêté et les pactes matrimoniaux conclus, la femme, dans ce légitime empressement qu'explique son affection, et que Macrobe appelle quelque part *festinatio votorum*, livre à son mari une partie de sa dot : si le mariage est

rompu, la femme aura la répétition de ce qu'elle a payé dans une espérance qui a été déçue.

91. Il y a plus : lors même que le mariage aurait été effectué, s'il est nul, les conventions matrimoniales ne sauraient plus subsister. *Sine nuptiis dos non est*, dit Cujas en commentant Papinien. C'est la décision expresse de Justinien : *Si adversus ea quæ diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec dos, intelligitur.* La nullité du mariage entraîne nécessairement la nullité des conventions matrimoniales et de tous les avantages stipulés. Il y a *defectus conditionis.* Un mariage nul n'est pas cette union indissoluble et de toute la vie, qui seule purifie le contrat de la condition : *si nuptiæ sequantur.* La femme ne peut réclamer ni ses avantages ni sa communauté. l'homme doit rendre à la femme tout ce qu'il a reçu d'elle.

Par exemple, si le mineur contracte mariage avant l'âge légal, et qu'il vienne à décéder dans cet état d'impuberté sans que le mariage ait été convalidé par les circonstances énumérées dans l'art. 185 du Code civil, les conventions de son contrat de mariage n'ont pas d'effet.

92. Toutefois, il faudra avoir égard à la bonne foi de l'autre époux. C'est ce que décide Ulpien dans la loi 11, § 4, D, *Quod falso tutore.* Un mari ayant épousé une femme impubère, avait reçu de son père ou de son tuteur une dot, avec condition qu'il la gagnerait en partie ou en totalité. L'épouse décède bientôt après. Si le père ou le tuteur ont cherché à tromper le mari de bonne foi, ce dernier pourra les repousser par l'exception *doli mali* lorsqu'ils viendront répéter la dot. Cette décision rentre dans le système consacré par l'art. 201 du Code civil. La bonne foi a sur le mariage et sur ses effets civils, une influence commandée par l'intérêt public autant que par l'intérêt privé.

93. Que si le mariage, nul en principe, avait été validé et ratifié légalement, la convalidation postérieure serait suffisante pour faire valoir le contrat. On n'applique pas ici la fameuse règle de Caton : *Quod ab initio nullum est non potest tractu temporis convalescere.* Valable en lui-même, le contrat

de mariage est complété par l'accomplissement de la condition à laquelle il est soumis. Un mariage valable en définitive est venu s'ajouter au contrat muni désormais de tous ses éléments de validité. Telle est la doctrine fort bien développée par Cujas sur Papinien.

---

* *Brillon, Dict. des arrêts, Vo. Don., No.* 191, *p.* 791. } 191. Si la donation faite par une mère à son fils dans le contrat de mariage de ce fils, âgé de 11 ans, et en cas qu'il vînt à mourir, à la *fiancée* de ce même fils, peut être révoquée, le fils étant mort avant la consommation du mariage ? Cette question fut décidée au P. de Toulouse le 25 Juillet 1634 ; l'affirmative fut jugée, parce qu'étant parlé de mariage dans le contrat, le mariage ne s'en était pas ensuivi, suivant la Loy *Item quia* 4, § 2, *ff. de pactis, L. quod Servius et L. si extraneus, ff. de condict. caus. dat. caus. non seq.* Albert, *verbo*, Donation, *art.* 7.

La donation faite à une fille pour son mariage, qui ne s'en est pas ensuivi, est censée pour le mariage qu'elle contracte après ; et il n'y a pas lieu à la révocation. Arrêt en 1639. Autre du 6 Février 1640, et en 1654 ; néanmoins si la donation est faite par un étranger, et que le mariage se rompe, elle n'a point d'effet. Arrêt du 13 Juillet 1637. *V. Albert*, ibid. *art.* 4.

La donation faite par le père à son fils pour le marier, avant que de l'émanciper, lui acquiert droit, quoiqu'il ne se marie que long-temps après. Un nommé Sales ayant fait donation en 1641 à son fils de tous ses biens pour se marier, et ne s'étant réservé que l'usufruit, céda ensuite un droit de substitution qu'il avait à un nommé Mas pour 2000 livres. Mas subrogea au même droit le sieur de la Branche pour 180 liv. qu'il fit ratifier par le fils, lequel s'étant marié en 1646 et la subrogation du sieur de la Branche ayant été confirmée par Arrêt rendu contre le père, le fils vint par opposition contre cet Arrêt, et sans même impétrer des Lettres, il demanda en tout cas d'être reçu à rembourser le sieur de la Branche de

ses 180 liv. Sur quoi au P. de Toulouse, le 19 Décembre 1647, la Cour, sans avoir égard à la cession ni à la ratification, le maintint aux biens donnez, en remboursant cette somme de 180 liv. suivant son offre, la Cour sur l'énormité de la lezion, ayant relevé ce fils d'office de cette ratification, jugea que cette aliénation ne valait rien après une telle donation. *Albert*, ibid. *art.* 12.

Le sieur de la Sus donna une Charge de Conseiller au Sénéchal de Toulouse au sieur de la Sus son neveu, qui valait alors 15000 livres. Il paye 600 liv. pour sa réception, en intention qu'il épouserait sa cousine germaine ; il avait même fait venir la dispense de Rome ; ce neveu tint dix ans l'Office, ayant fait scrupule, lui et sa cousine de se marier, étant parens. Le sieur de la Sus, au lieu de se marier, se fit Prêtre, ce qui obligea l'oncle d'intenter procès contre lui, par lequel il lui demandait les 15000 liv. et les 600 liv. consentant néanmoins que son neveu jouît de l'Office sa vie durant, à la charge de le rendre après sa mort. Arrêt du 8 Mars 1666 confirmatif de l'appointement du Sénéchal, qui relaxait le sieur de la Sus, Donataire. *V. Albert*, verbo, *Donation*, *art.* 13.

Il a été jugé, le 16 Juillet 1596, qu'une donation ne pouvait être censée faite en faveur de mariage, si elle n'était insérée dans le contrat de mariage, et ne donnait sujet à icelui ; de sorte qu'encore que la donation dont il s'agissait en ce procès, fût comprise dans les conventions de mariage ; néanmoins après la consommation, il fut jugé qu'elle n'était pas faite en faveur de mariage. *Cambolas*, *liv.* 2, *ch.* 21.

Le 8 Juillet 1603, jugé que la donation faite par contrat de mariage, sans la clause des biens futurs, ne s'étendait qu'à ceux que le Donateur avait lors de sa donation ; ainsi la succession contractuelle aux biens, sans parler des futurs, ne peut être entendue que des biens possédez au temps des pactes seulement. *Cambolas*, *liv.* 4, *ch.* 26.

Par la donation faite en faveur de mariage à un fils et aux enfans qui en proviendront, le fils Donataire et tous ses enfans sont appellez *ordine successionis*, c'est-à-dire, l'un après

l'autre, et non par concurrence, ce fils Donataire a droit d'élire un de ses enfans et descendans pour recueillir après lui le fruit de cette donation. *V. Maynard, liv.* 5, *ch.* 91.

De la donation faite dans le contrat de mariage au futur époux et à ses enfans, ou bien au futur époux, ou à ses enfans. Jugé en 1648 que telle donation contenait fideicommis au profit des enfans. *Arrêts de M. de Catellan, liv.* 2, *ch.* 14.

La donation faite dans le contrat de mariage au futur époux, en contemplation du mariage, et des enfans qui en proviendront, ou même faite en faveur de mariage, et en préciput et avantage des enfans qui en descendront, ne regarde point les enfans ; elle ne leur donne aucun droit de leur chef aux biens donnez, et ne contient aucun fideicommis en leur faveur. Cette donation se termine uniquement à la personne du futur époux, les enfans en sont tout au plus la cause impulsive, et non la cause finale. C'est la doctrine de *M. Dolive* et de *Cambolas, liv.* 4, *ch.* 5, et *liv.* 3, *ch.* 49, confirmée par les Arrêts que les Auteurs rapportent. Mais la donation faite au futur époux et à ses enfans, comprend les enfans comme véritablement Donataires, et comme étant appellez *ordine successivo*, pour recueillir la donation après leur père ; elle contient un fideicommis en leur faveur, qui laisse néanmoins au père la liberté d'en choisir un d'eux pour recueillir la donation. Ainsi jugé au même P. de Toulouse, le 15 May 1648. *Ibidem*, ch. 15.

Une mère fut instituée tutrice à ses trois filles, et saisie de tous leurs biens, à la charge de payer 900 livres à chaque fille, lorsqu'elles seraient prêtes à se marier ; et où elle passerait à un second mariage, qu'elle leur donnerait à chacune 600 livres pour les marier. La mère passa en secondes noces avec Torin ; elle donna à sa fille aînée en la mariant 900 liv., pour la succession paternelle, et les 600 livres qu'elle avait promises : la seconde fille mourut ; celle qui était à marier demanda 1800 liv. aux héritiers de Torin, qui offrirent les 900 liv. pour les biens du père, et les 600 liv. promises par la mère, lorsqu'elle se marierait ; et pour les autres 600 liv. que l'on

demandait à la représentation de la sœur qui était décédée, ils prétendaient qu'elles n'étaient point dues, la condition n'étant point arrivée. Les héritiers ayant été condamnez par le Vicomte, ils en furent déchargez par le Baillif ; la fille interjetta appel ; et par Arrêt du P. de Rouen du 5 Avril 1650 la Sentence du Baillif fut cassée, et les héritiers condamnez au payement des 600 livres, pour la part de sa sœur décédée. *Basnage*, sur la Coût. de Normandie, *art.* 431.

Par Arrêt du P. de Toulouse du 22 Juin 1619, rapporté par *M. Cambolas*, *liv.* 4, *ch.* 19, jugé qu'une donation faite en faveur de mariage, aux mâles de ce mariage ; et où il n'y aurait que des filles, et que le mari vînt à se marier, et qu'il eût des mâles de ce second mariage, que lesdits mâles du second mariage seraient héritiers, et les filles du premier mariage, dotées, était bonne ; et qu'en vertu d'icelle, les enfans mâles qui avaient été procréez du second mariage, pouvaient révoquer les donations faites des biens du donateur, parce que cette seconde donation pouvait avoir été la cause finale du second mariage, aussi bien que du premier, sans laquelle le premier ne s'en serait ensuivi. A ce propos fait la Loy *pater Cod. de pact. int. empt. et vend.* Ferrières, *sur la question* 222 *de Guy Pape*, dit, que la donation faite par le Père, aux pactes de mariage de son premier fils, en faveur de son second, peut être révoquée par le père, après la mort du premier fils ; et que cela fut ainsi jugé, par Arrêt du 13 Juin 1607.

---

* *C. N.* 1088. } Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas.

---

823. Le donateur de biens présents par contrat de mariage ne peut révoquer la donation, même en ce qui concerne les tiers

823. Gifts of present property by contract of marriage cannot be revoked by the donor, even as regards third parties bene-

donataires qui n'ont pas encore accepté, si ce n'est pour cause de droit ou par suite d'une condition résolutoire validement stipulée.

La donation à cause de mort par le même acte est irrévocable en ce sens qu'à moins d'une cause de droit ou d'une condition résolutoire valide, le donateur ne peut la révoquer, ni disposer des biens donnés par donation entrevifs ni par testament, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. Il demeure cependant propriétaire aux autres égards, et libre d'aliéner à titre onéreux et pour son propre avantage les biens ainsi donnés. Même si la donation à cause de mort est universelle, il peut acquérir et posséder des biens et en disposer sous les restrictions qui précèdent, et contracter autrement qu'à titre gratuit des obligations affectant les biens donnés.

fited who have not yet accepted, unless for legal grounds, or by reason of a resolutive condition, validly stipulated.

Gifts in contemplation of death, made by such acts, are irrevocable in so far that the donor, without legal grounds or a valid resolutive condition, cannot revoke them, nor dispose of the given property by gift *inter vivos* or by will, unless it is in small amounts, by way of recompense or otherwise. He remains nevertheless owner in other respects of the property thus given and may dispose of it by onerous title and for his own benefit. Even if the gift in contemplation of death be universal he may acquire and possess property and dispose of it under the foregoing restrictions, and may contract, otherwise than by gratuitous title, obligations which affect the property thus given.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 778 et *N. Denizart*, sur art. 818 et autorités sur art. 820.

* 4 *Troplong, Don., sur arts.* 1082 83 *C. N., No.* 2348 *et s.* } 2348. Il suit de tout ceci que l'institution contractuelle est un genre mixte de disposition, qui tient de la donation et du testament, et qui n'est à proprement parler ni l'un ni l'autre. Elle n'est pas une vraie donation, puisque la donation dessaisit le donateur, tandis que l'institution contractuelle permet même d'aliéner, à titre onéreux et de bonne foi, les biens qui y sont compris ; de sorte que la règle *donner et retenir ne vaut* n'y a pas lieu. Elle n'est pas non plus un testament, puisqu'il est de l'essence du testament d'être essentiellement révocable, et que l'institution contractuelle n'est pas sujette à être révoquée par la volonté ambulatoire du disposant. Sans doute, elle fait un héritier comme on en peut faire un par testament, mais à la différence de l'héritier testamentaire, l'héritier contractuel n'est pas tenu de demander la délivrance, et son contrat le saisit contre l'héritier même du sang. L'institution contractuelle est donc un mélange de certains traits des testaments et des donations, mélange intelligent que les peuples modernes ont senti le besoin de former pour que les dispositions gratuites en faveur des mariages, si utiles et si dignes d'encouragement, ne soient pas trop onéreuses pour les disposants. Pour arriver à ce résultat, il ne fallait pas ressembler aux Romains, qui faisaient plus d'état de la liberté des testaments que de la faveur du mariage. Il fallait préférer le mariage au droit de tester, et c'est par l'instinct de cette préférence que le droit coutumier adopta les convenances matrimoniales de succéder.

2349. Nous venons de dire que celui qui a fait une institution contractuelle peut aliéner à titre onéreux ou, comme disait Loisel, qu'il se peut aider de son bien. C'est une règle de notre droit coutumier que le Code Napoléon a sagement conservée. Dans les pays de droit écrit, on envisageait les institutions contractuelles à un autre point de vue ; elles se montraient aux yeux des jurisconsultes sous l'aspect de donations universelles entre-vifs ; et, partant de là, l'instituant ne pouvait plus disposer de ses biens, si ce n'est en certains

cas d'exception. Mais c'était là une déviation de l'idée mère de l'institution contractuelle, qui n'est qu'un don de succession ; c'était un biais imaginé pour ne pas trop s'écarter des principes du droit romain pur, en matière de pacte sur le successions futures. Le Code a adopté le système plus franc et plus logique du droit coutumier. L'institution contractuelle, en effet, n'est que le don irrévocable, non des biens présents, mais des biens que l'instituant laissera à son décès. Il peut donc se servir de son bien comme a droit de le faire un propriétaire ; il a retenu implicitement ce droit ; la nature de l'acte le dit avec certitude. Pourquoi en effet, n'a-t-il pas fait une donation présente ? pourquoi ne s'est-il pas dessaisi ? Evidemment, c'est qu'il n'a pas voulu se lier entièrement les mains ; c'est qu'en concourant à fonder une famille, il n'a pas voulu dépouiller présentement la sienne. Pour tout dire en un mot, le donateur ne s'oblige à donner que sa succession, ou, pour répéter les termes de notre article, que les biens qu'il laissera à son décès. N'est-ce pas comme s'il s'était réservé, par une clause formelle, le droit de se livrer à tous les actes du bon père de famille, qui, pour faire marcher ses affaires, peut vendre, échanger, aliéner, contracter des engagements et hypothéquer ? Concluons donc avec De Laurière et avec nos articles, que le disposant conserve la liberté et le pouvoir de vendre et d'engager ses biens comme il lui plaît, pourvu qu'il en use sans fraude. Ainsi, il pourra vendre une maison pour acheter une terre, ou une terre pour avoir une charge, ou une ferme pour avoir des rentes ; à moins toutefois qu'il n'ait apporté lui-même dans le contrat de mariage des limites à ce droit, par exemple en promettant à son fils de ne pas faire d'aliénations sans le consentement de celui-ci. Pour le dire en passant, nous n'avons aucun doute sur la validité d'une telle clause, quoiqu'elle ait été contestée. L'instituant aurait pu donner sa chose irrévocablement, ou bien il aurait pu la donner en se réservant l'usufruit. Pourquoi lui serait-il défendu de s'engager par une promesse qui le rapproche d'un usufruitier ? On ne saurait voir dans tout cela

rien qui blesse la morale, l'ordre public et les lois. Le véritable mal serait de manquer à des conventions écrites dans un contrat de mariage et formant la base de l'union de deux familles.

2350. Mais, s'il est vrai que par le droit commun l'instituant peut aliéner, il n'est pas moins certain qu'il lui est défendu de disposer à titre gratuit, par donation et par testament, des choses comprises dans l'institution contractuelle. L'art. 1083 porte à cet égard une prohibition expresse, et par une exception qu'explique la faveur des mariages, il enlève même à l'instituant le droit de tester librement et indéfiniment, droit qu'il est de règle générale que nul ne peut s'ôter à lui-même en gênant sa liberté individuelle. Pourtant, ceci ne doit pas être entendu avec exagération. Il y a des donations et legs modiques, qui n'altèrent pas la substance de la disposition. L'instituant n'est pas privé du droit d'obéir à un sentiment de reconnaissance, de piété et d'affection. C'est pourquoi Dumoulin disait très-bien : *Non impeditur quædam particularia legare, manente institutione in sua quota.* Notre article reconnait ce droit, et le formule de manière à éviter les équivoques. L'instituant ne peut disposer par donation ou testament que de sommes modiques, à titre de récompenses, de legs pieux et autrement.

2351. Toutefois le donateur pourrait se réserver le droit de disposer à titre gratuit d'une chose comprise dans l'institution (art. 1086), à la charge que, s'il mourait sans avoir usé de ce droit, l'institué profiterait de cette chose. Cette réserve elle-même confirme le droit dont nous parlons ; la nécessité de l'insérer dans l'institution pour attribuer au disposant une certaine liberté de donner, prouve que, sans cette précaution, il serait enchaîné pour le tout, et qu'il n'est pas libre pour le surplus des choses réservées. Au reste, cette réserve ne l'empèche pas de profiter du droit commun, pour disposer de choses modiques.

Remarquons ici qu'il peut arriver qu'en faisant cette réserve, le disposant ne règle pas le sort de la somme ainsi réservée dans le cas où il n'en disposerait pas. A qui revien-

dra-t-elle en pareil cas ? à l'héritier contractuel ou aux héritiers du sang ?

Ce point est réglé par l'art. 1086 en faveur de l'héritier contractuel. C'est aussi dans ce sens qu'il l'avait été par l'art. 18 de l'ord. de 1731. Mais il n'est pas sans intérêt de s'instruire de la jurisprudence qui avait précédé cette ordonnance.

Les époux de Chastelus, en mariant leur fille, l'instituèrent leur héritière, se réservant la disposition de 20,000 livres. Ils moururent sans avoir disposé de cette somme. Les héritiers *ab intestat* disaient que la somme, ayant été exceptée de l'institution, n'appartenait pas par conséquent à l'héritier contractuel ; que c'était à eux qu'elle devait revenir par la force de la loi ; que telle était la disposition de l'art. 243 de la Coutume du Bourbonnais, et de l'art. 112 de la Coutume de Sédan.

Néanmoins, l'arrêt du parlement de Paris, du 2 avril 1628, ne leur fut pas favorable. Outre les circonstances particulières de la cause, on considéra que la réserve n'empêche pas que la chose ne soit dans l'institution. Seulement, le disposant veut échapper à la loi qui l'empêche d'en disposer, et c'est là le but de la clause de réserve : il n'entend pas limiter l'institution ; il ne veut que limiter l'interdiction qu'il s'est faite à lui-même de disposer de son bien à titre gratuit. Il ne faut pas confondre la réserve faite dans une donation dont parlent seulement les coutumes du Bourbonnais et de Sédan, avec la réserve faite dans une institution. La première exclut la chose de la donation ; sans quoi, l'on donnerait et l'on retiendrait : ce qui ne se peut. La seconde n'exclut pas la chose de l'institution ; mais elle la soumet à la libre disposition du disposant : ce qui peut se faire dans les contrats de mariage.

2352. L'usage de la clause de réserve peut se prêter à des tempéraments équitables. Pierre stipule qu'il pourra disposer à titre gratuit de telle ferme : pourquoi ne pourrait-il pas disposer, à la place de ce domaine, d'une autre ferme de même valeur et remplissant mieux son but ? Quel intérêt l'institué aurait-il à critiquer cette substitution sans importance, d'une chose à une autre ? C'est ce qui résulte de la jurispru-

dence de la cour de cassation, qui a jugé en ce sens dans l'espèce suivante. Un père s'était réservé le droit de disposer au profit de sa femme de l'usufruit de la moitié des biens qu'il donnait à ses enfants par une institution contractuelle. Plus tard, il crut modifier cette réserve, et par son testament il légua à sa femme le droit d'opter entre cet usufruit et une rente viagère de 1,500 fr. équivalente. La chambre des requêtes, en rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Riom, du 3 juin 1844, décida que ce legs n'avait pas dépassé les pouvoirs du père de famille, et que l'épouse avait pu préférer la rente de 1,500 fr. à l'usufruit.

2353. La renonciation à une prescription étant une aliénation à titre gratuit, on demande ce qui devrait être décidé dans le cas où l'instituant renoncerait à une prescription acquise. L'institué pourrait-il attaquer cette renonciation ?

Il faut distinguer, ainsi que nous l'avons fait dans notre *Comm. de la Prescript.*: Si l'instituant ne fait par sa renonciation qu'obéir à un scrupule de conscience qui l'oblige à reconnaître sa dette, cette renonciation doit être respectée ; sa générosité envers l'institué ne le dispense pas d'être honnête envers ses créanciers. Mais si l'instituant renonce à une prescription acquise avec titre et bonne foi, c'est là un acte gratuit par lequel il n'a pu enlever à son héritier institué une espérance de son hoirie.

2354. Quant aux actes à titre onéreux, tels qu'hyothèque, établissement de servitude, etc., l'héritier institué doit les respecter, à moins qu'ils ne soient le produit d'un concert dolosif, pour faire fraude à l'institution.

L'institué devrait même s'arrêter devant une vente à charge de rente viagère faite de bonne foi ; c'est là une aliénation aussi solide qu'une vente faite moyennant un prix une fois payé.

On voit par là que si l'institué a un titre irrévocable, son émolument est variable et ne peut être connu qu'au décès du disposant ; ce n'est même qu'à partir de ce moment qu'il de-

vient propriétaire. Il n'a auparavant qu'une expectative, à peu près pareille, *servatis servandis*, à celle de l'héritier en ligne directe.

---

* 9 *Guyot, V. Inst. cont.* } L'institution par contrat de mariage produit plusieurs effets très-remarquables à l'égard de l'instituant. Le principal, ou pour mieux dire celui qui les renferme tous, est qu'elle le met dans une incapacité absolue de la révoquer. L'article 12 du titre premier de l'ordonnance de 1747 s'explique là-dessus de la manière la plus précise : " Voulons, porte-t-il, que lesdites Institutions con-" tractuelles, comme aussi les substitutions qui y seront appo-" sées, soient irrévocables, soit entre nobles ou entre roturiers, " dans tous les pays où elles sont en usage."

Nous examinerons dans la section suivante, si l'ingratitude de l'institué peut autoriser la révocation de l'Institution contractuelle. Bornons-nous ici à demander quel doit être l'effet de l'irrévocabilité que nous venons d'établir ? Pour résoudre cette question, il faut distinguer les dispositions universelles que l'instituant pourrait faire après le mariage des institués, d'avec les dispositions particulières qui seraient postérieures à la même époque.

Il est constant qu'une Institution consignée dans un contrat de mariage ne peut être détruite par quelques dispositions universelles que ce soit. Il n'importe même que ces dispositions tombent directement sur l'Institution contractuelle, ou qu'elles ne la révoquent qu'indirectement, elles ne sont pas plus valables dans un cas que dans l'autre. Ainsi, comme ce serait en vain que l'instituant passerait un acte après le mariage pour déclarer purement et simplement qu'il révoque l'Institution, ce ne serait pas avec plus d'effet qu'il chercherait à en anéantir ou au moins en diminuer l'avantage par une autre Institution, soit contractuelle, soit testamentaire. La grande règle est que celui qui est institué héritier universel par contrat de mariage, a droit à toute la succession de l'insti-

tuant, comme celui qui l'est pour une certaine quotité doit avoir toute la part qui lui a été promise.

De là cet arrêt du 27 mars 1599 rapporté par Chenu et Brodeau, qui a jugé qu'un père ayant marié son fils en qualité d'aîné et principal héritier, n'avait pu avantager ses autres enfans au-delà de leurs parts légales et *ab intestat.*

De là cet autre arrêt du 26 août 1605, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Hervin, qui a jugé qu'une mère n'avait pu changer de domicile au préjudice d'une Institution mobilière qu'elle avait faite en faveur de son fils en le mariant.

De là encore cet arrêt du 13 mai 1625, rapporté par Constant sur l'art. 216 de la coutume de Poitou, qui a jugé que le fils marié comme aîné et principal héritier, devait avoir les prérogatives d'aînesse dans les biens nobles, et sa part égale dans les rotures, nonobstant les dispositions contraires et postérieures du père.

De là enfin tant d'autres arrêts rapportés ci-dessus, qui ont prononcé sur des cas à-peu-près semblables.

De Laurière soutient, après Boyer, Aufrerius et Fernand, que celui qui a fait une Institution contractuelle, peut, après le mariage, grever de fidéicommis celui qu'il a institué, non-seulement en faveur des enfans de celui-ci, mais encore en faveur des parens collatéraux. Fernand assure même que telle était de son temps la jurisprudence du parlement de Toulouse. M. Pollet rapporte aussi un arrêt du parlement de Flandres du 16 avril 1707, rendu au rapport de M. de Beautour, par lequel, dit-il, on a jugé que *la clause de représentation dans un contrat de mariage n'empêche pas que celui qui a accordé la représentation ne puisse charger de fidéicommis la part de l'un de ses petits-enfants.*

Mais nous ne saurions encore mettre cette opinion au rang des exceptions à l'irrévocabilité des Institutions contractuelles. D'abord elle est combattue par Ricard, Brodeau, le Brun, Henrys, et Rousseau de la Combe. En second lieu, elle est rejetée par des arrêts très-précis. Il y en a un du 22 février 1625, par lequel une substitution apposée après coup par un

père à l'Institution contractuelle qu'il avait faite de son fils aîné, a été déclarée nulle, quoiqu'elle ne comprît que les enfans de celui-ci. Rousseau de la Combe en cite un autre du 11 janvier 1745, dont il ne rapporte point l'espèce. Denisart nous en fournit un troisième du 5 décembre 1759, rendu sur les conclusions de M. Séguier, qui a jugé que M. l'Evêque de Gravelle n'avait pas pu, après avoir institué contractuellement son fils, le grever d'une substitution fondée sur une disposition exprimée par le testament, et assez bien prouvée d'ailleurs.

Il est inutile de dire que l'Institution contractuelle, faite au profit d'un enfant dans une part égale à celle des autres, n'empêche pas le père de disposer de nouveau en faveur de cet enfant, et de l'avantager au-dessus de ses frères et de ses sœurs. C'est ce que pensent le Brun et Rousseau de la Combe ; et ce qui résulte nettement de la maxime, *quod in favorem alicujus introductum non debet in ejus odium retorqueri.* Le Brun croit néanmoins que le contraire a été jugé par l'arrêt du 2 septembre 1681, rapporté ci-dessus, section 6, n. 2. C'est une méprise. Si cet arrêt a ôté au fils du dernier lit le legs universel qui lui avait été fait par le père commun des parties, c'est parce que le dernier contrat de mariage contenait une promesse d'égalité pour les enfans de tous les lits, ce qui, suivant un arrêt du parlement de Toulouse de 1660, cité plus haut, section 5, emporte une véritable Institution contractuelle, non-seulement pour les enfans du dernier mariage, mais encore pour ceux des lits antérieurs.

Si l'on considère l'Institution contractuelle comme une donation qui acquiert un droit irrévocable à l'institué du jour du contrat, il faut décider sans difficulté, que l'institué venant à mourir avant l'instituant, transmet son droit à ses héritiers quels qu'ils soient ; car une donation ne devient pas caduque par le prédécès du donataire, à moins que le retour n'ait lieu par la qualité des parties, ou par convention : cependant on juge constamment au parlement de Toulouse, comme nous le verrons ci-après, que l'Institution devient caduque par le prédécès de l'institué sans enfans.

Il n'y a qu'un moyen d'éviter ces contradictions ; c'est de dire, comme on l'a déjà remarqué, que l'Institution contractuelle, quoique irrévocable, fait un véritable héritier ; que cet héritier représentant l'instituant au temps de sa mort, il est impossible qu'il révoque les aliénations faites sans fraude, parce qu'on peut lui opposer la règle, *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.*

La jurisprudence des pays coutumiers n'a jamais varié sur ce point. On ne peut en donner une idée plus exacte qu'en transcrivant ici l'article 320 de la coutume de Bourbonnais, qui forme là-dessus notre droit commun. " Institution d'héri-" tier et pacte de succéder faits en contrat de mariage, s'en-" tend seulement des biens qui se trouvent délaissés par le " décès du disposant, et n'émpêche ladite institution ou con-" vention de succéder que ledit instituant ne puisse aliéner " ses biens par contrat entrevifs."

Il faut donc regarder comme une maxime constante que l'Institution contractuelle n'empêche pas celui qui l'a faite de donner sans fraude, soit entrevifs, ou à cause de mort ; c'est en ce sens qu'on doit entendre le passage de Furgole et l'arrêt de 1738, cités plus haut. La fraude se présume naturellement dans une donation faite à un des cohéritiers de l'institué, lorsque cette donation diminue la part promise à celui-ci ; mais excepté ce cas, on ne peut pas la présumer ; il faut qu'elle soit prouvée, ou au moins que les circonstances des biens et des personnes en fournissent des indices suffisans.

Une des plus fortes présomptions de fraude qui puisse avoir lieu dans cette matière, est celle qui résulte de l'excès de la libéralité, et conséquemment du préjudice notable qu'elle fait à l'institué. Dans ces sortes de cas, les uns veulent que la donation soit déclarée nulle, les autres qu'elle soit seulement réduite *ex æquo et bono.* Le Brun laisse la question à l'arbitrage du juge, et rapporte un arrêt du 17 avril 1646, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Bignon, par lequel on a réduit à 10,000 livres un legs considérable laissé par la vicomtesse d'Auchy à un gentilhomme, qui était de ses domestiques,

comme fait au préjudice de l'Institution contractuelle dont elle avait gratifié précédemment son fils aîné.

Au surplus, dit le Brun, " ceux qui font une Institution " contractuelle avec réserve de pouvoir disposer jusques à " une certaine concurrence, se prescrivent eux-mêmes des " bornes pour les donations entrevifs et testamentaires." C'est en effet ce qui résulte de la maxime, *inclusio unius est exclusio alterius*. Et c'est ce qu'a jugé un arrêt cité sans date par Brodeau sur M. Louet, lettre S, § 9, art. 3. L'additionnaire de Duperrier en rapporte un autre du parlement de Toulouse du 11 mai 1737, qu'il prétend avoir décidé la même chose. Cet arrêt a effectivement jugé qu'un père qui avait institué contractuellement son fils dans tous ses biens, distraction faite d'une certaine somme pour une fille qui lui restait à établir et à doter, n'avait pas pu disposer d'une plus grande somme, ni charger l'institué de quelques pensions viagères envers ses autres enfans. Mais on sent que pour juger ainsi, il n'a pas fallu recourir au principe de le Brun : pour annuller les donations dont il s'agissait, il suffisait, suivant ce qu'on vient de voir, qu'elles fussent faites en faveur des cohéritiers de l'institué et à son préjudice.

Il faut remarquer à cette occasion que les pères et les mères qui ont promis égalité à un de leurs enfans, ne sont pas plus maîtres d'avantager les autres par des ventes à vil prix, que par des donations directes. C'est ce qui a été jugé solennellement dans l'espèce suivante. Madame la présidente Hanecart de Briffæil avait marié ses trois enfans ; le baron de Briffæil, M. Hanecart d'Estours et M. Hanecart d'Yrval, avec promesse de les égaler tous dans sa succession mobilière et immobilière. Les terres de Busignies et de Molain en Cambresis lui étant échues quelque-temps après ces trois mariages, elle les vendit au baron son aîné beaucoup moins qu'elles ne valaient. Après sa mort, les deux puînés réclamèrent contre cette aliénation : un premier arrêt rendu au parlement de Flandres ne les traita pas aussi favorablement qu'ils l'espéraient ; mais ils prirent la voie de révision, et par jugement du 29 mars 1773, la vente

a été déclarée nulle, et il a été ordonné au baron de Briffæil de rapporter les deux terres dans la masse de la succession, avec tous les fruits perçus depuis la vente.

En partant du principe confirmé par cette décision, il faut dire que la défense d'avantager un des enfans, au préjudice de ceux qui sont institués contractuellement dans une part égale, empêche même l'instituant d'accorder à l'un d'eux un bail à louage, dès que les autres en ressentent quelque tort, soit en ce que le prix en est trop modique, soit en ce qu'ils sont privés de la participation aux bénéfices ou d'une exploitation qui devrait être commune. Je l'ai vu juger ainsi à la gouvernance de Douai, entre des particuliers de Saint-Amand, par une sentence de 1782, dont on n'a pas osé appeler ; et en cela on s'est conformé aux dispositions des coutumes de Montargis, chapitre 15, article 1 ; de Touraine, article 302, et de Lodunois, chapitre 25, article 1.

---

* *C. N.* 1083. } La donation, dans la forme portée au précédent article, sera irrévocable, en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement.

---

824. La donation soit des biens présents soit à cause de mort faite en un contrat de mariage peut être stipulée suspendue, révocable ou réductible, ou sujette à des reprises et réserves non fixes ni déterminées, quoique l'effet de la disposition dépende de

824. It may be stipulated that a gift, either of present property or in contemplation of death, made in a contract of marriage, shall be suspended, revocable, reducible, or subject to changeable or indeterminate reservations and rights of resumption, al-

la volonté du donateur. Si dans le cas de reprises et réserves le donateur n'exerce pas le droit qu'il s'est conservé, le donataire garde en entier l'avantage à l'exclusion de l'héritier.

though the effect of the disposition depend upon the will of the donor. If, in the case of reservations and of a right of resumption, the donor do not exercise his right, the donee retains the full benefit of the gift to the exclusion of the heir of the donor.

Voy. autorités sur arts. 820 et suivants.

---

* *Ricard*, 1ère *part.*, *Nos.* 1015-6. } 1015. Si la donation est faite en une Province, en laquelle la tradition ne soit pas nécessaire, comme aux termes du Droit Civil, depuis la Constitution de l'Empereur Justinien, ou que la donation soit dans un contrat qui ne soit pas aussi sujet à la Loy de la tradition, comme sont nos contrats de mariage, même parmi nous, et que le donateur ait simplement réservé la disposition d'une somme, ou d'une partie des choses données, qui est la même chose, sans la destiner à personne en particulier, en cas qu'il vînt à décéder sans en avoir disposé, la somme réservée doit en ce cas appartenir à l'héritier *ab intestat*, du donateur, parce que devant être la personne la plus aimée, suivant l'ordre de la nature et du sang, la réserve est présumée avoir été faite en sa faveur, ne paraissant pas que le donateur ait eu une autre pensée ; et ayant suffisamment déclaré par la réserve qu'il a faite, que son intention n'était pas que le donataire en profitât. C'est l'espèce des deux Loix que nous avons citées, et de quelques Arrêts du Parlement de Toulouse, que Monsieur de Cambolas rapporte à ce sujet en ses Décisions Notables, *liv.* 5, *ch.* 2.

1016. Si dans la même espèce le donateur a expressément

déclaré, qu'en cas qu'il mourût sans avoir disposé de la somme par lui réservée, il entendait qu'elle appartînt au donataire, je ne fais pas de difficulté qu'elle ne lui doive demeurer, et que la stipulation ne soit valable, parce que la Loi du pays, ou la nature du contrat n'étant pas sujette à la tradition, rien n'empêche qu'une convention de cette qualité n'en puisse faire partie ; et il n'y a pas plus d'inconvénient de comprendre en la donation, une somme dont le donateur s'est réservé de disposer, pour en jouir par le donataire, en cas qu'il ne se soit point prévalu de la faculté qu'il s'était retenue, que des biens à venir, puisque le donateur peut aussi les aliéner après les avoir acquis.

Voy. *N. Denizart*, sur arts. 782 et 818 ; *Ord. des don. de* 1731, *art.* 17, cité sur art. 818 et art. 18, cité sur art. 810 ; *Pothier*, cité sur art. 778 ; *C. N.* arts. 944, 946 et 947, cités sur art. 782 et art. 1089, cité sur art. 818.

---

* *C. N.* 1086 } 1086. La donation par contrat de mariage en
" 1093 } faveur des époux et des enfans à naître de leur mariage, pourra encore être faite, à condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur, ou sous d'autres conditions dont l'exécution dépendrait de sa volonté, par quelque personne que la donation soit faite : le donataire sera tenu d'accomplir ces conditions, s'il n'aime mieux renoncer à la donation ; et en cas que le donateur, par contrat de mariage, se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens présens, ou d'une somme fixe à prendre sur ces mêmes biens, l'effet ou la somme, s'il meurt sans en avoir disposé, seront censés compris dans la donation, et appartiendront au donataire ou à ses héritiers.

1093. La donation de biens à venir, ou de biens présens et à venir, faite entre époux par contrat de mariage, soit simple,

soit réciproque, sera soumise aux règles établies par le chapitre précédent, à l'égard des donations pareilles qui leur seront faites par un tiers ; sauf qu'elle ne sera point transmissible aux enfans issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur.

---

825. La donation par contrat de mariage peut être faite à la charge de payer les dettes que le donateur aura à son décès, déterminées ou non.

Dans la donation universelle ou à titre universel faite des biens à venir, ou cumulativement des biens présents et à venir, cette charge quoique non stipulée incombe au donataire pour le tout ou en proportion de ce qu'il reçoit.

825. Gifts by contract of marriage may be made subject to the charge of paying the debts due by the donor at the time of his death, whether they are determinate or not.

In universal gifts or gifts by general title of future property, or of present and future property together, this obligation falls on the donee without stipulation to that effect, for the whole or in proportion to what he receives.

Voy. *Ord. des don., art.* 17, cité sur art. 818; *Pothier*, cité sur art. 778 ; *N. Denizart,* cité sur art. 818; *C. N.* art. 947, cité sur art. 782 et art. 1084, cité sur art. 818.

---

826. Il peut cependant après le décès du donateur dans la donation faite seulement à cause de mort, tant qu'il n'a pas fait

826. The donee, however, after the death of the donor, in gifts made wholly in contemplation of death, and so long as he has not

d'autre acte d'acceptation, se libérer des dettes en renonçant à la donation après inventaire fait et compte rendu, et en rapportant les biens du donateur qu'il possède, ou dont il a disposé ou fait confusion avec les siens.

otherwise accepted, may free himself from the debts by renouncing the gift, after making an inventory and rendering an account, and by giving back any property of the donor remaining in his possession, or which he may have alienated or mixed up with his own.

Voy. autorités sur art précédent.

---

827. Dans la donation cumulative des biens présents et à venir, le donataire peut aussi après le décès du donateur et tant qu'il n'a pas autrement accepté la donation à cause de mort, se décharger des dettes du donateur autres que celles dont il est tenu à cause de la donation entrevifs, en renonçant de même à la donation à cause de mort, pour s'en tenir aux biens donnés comme présents.

827. In cumulative gifts of present and future property the donee may also, after the death of the donor and so long as he has not accepted otherwise the gift in contemplation of death, free himself from the debts of the donor other than those for which he is liable under the gift *inter vivos*, by renouncing in the same manner the gift in contemplation of death, to restrict himself to the present property given him.

Voy. autorités sur art. 825

828. Le donataire peut renoncer aussi en même temps quant aux biens présents, et se décharger de toutes les dettes, en faisant inventaire, rendant compte et rapportant, ainsi qu'il est pourvu quant à l'effet des donations en général.

828. The donee may also at the same timè renounce the present property and free himself from all liability, by making an inventory, rendering an account, and returning the property given, in the manner provided in respect of gifts in general.

Voy. C. C. B. C. art. 798.

829. Nonobstant la règle qui exclut la représentation en matière de legs, la donation à cause de mort faite au profit des futurs époux ou de l'un d'eux par les ascendants, les autres parents, ou les étrangers, est toujours, dans le cas où le donateur survit à l'époux donataire, présumée faite au profit des enfants à naître du mariage, s'il n'y a disposition contraire.

La donation devient caduque si lors du décès du donateur les époux ou l'époux avantagés sont décédés et s'il n'y a pas d'enfants.

829. Notwithstanding the rule which excludes representation in the matter of legacies, gifts in contemplation of death made in favor of future consorts or of one of them, by their ascendants or other relations, or by strangers, are always, in the event of the donor surviving the consort benefited, presumed to be made in favor of the children to be born of the marriage, unless it is otherwise provided.

The gift becomes extinct if when the donor dies neither the consorts or consort benefited, nor any children of theirs be living.

Voy. *Nouv. Denizart*, cité sur art. 818 ; *Anouilh*, cité sur art. 820.

---

* *Lebrun, succ. liv.* 3, *c.* 2, *No.* 33 *et suiv. p.* 399 *et suiv.* } 33. On peut encore demander si l'institué venant à décéder avant celuy qui l'a institué héritier, transmet son institution à ses enfans, soit que l'institution soit faite en directe, soit qu'elle soit faite par un collatéral; ou par un étranger, et comment se fait cette transmission, et cette question présuppose que l'institution contractuelle n'est pas réputée en tout cas une donation entre-vifs : parce qu'autrement il ne serait pas nécessaire d'examiner si elle se transmet ; puisque la donation entre-vifs saisit au moment qu'elle est faite, et par conséquent le droit de succéder au donateur serait partie de la succession de l'héritier institué, en cas que celuy-cy vinst à décéder avant le donateur. Ainsi il faut convenir de cette vérité, qu'on ne la peut icy considérer comme une donation entre-vifs ; parce qu'autrement il faudrait dire, que l'héritier institué par contrat transfèrerait son droit à toute sorte d'héritiers, ce qui n'est pas véritable, cela n'ayant jamais été admis qu'en faveur des enfants de l'institué. Et à proprement parler, notre institution, (quoique nous l'ayons qualifiée donation entre-vifs *à nobiliori parte*,) ne l'est principalement que pour l'irrévocabilité, et pour faire qu'elle ne puisse être réduite : mais au surplus elle tient beaucoup de la donation testamentaire.

34. Cela présupposé, il faut examiner s'il se fait icy une transmission des droits de l'héritier contractuel, et quoique les Arrétistes franchissent le pas, et disent que les Arrests ont jugé la transmission, il ne faut pas dire cela indéfiniment, et c'est bien assez de dire qu'ils ont ajugé, en ce cas, la succession contractuelle aux enfans de l'institué, soit qu'il fust fils du donateur, soit qu'il fust son parent collatéral, soit qu'il luy fust absolument étranger : ce qu'ils ont jugé par la faveur des contrats du mariage, hors desquels ils ne se fait point d'ins-

titution contractuelle, laquelle semble induire que l'instituant jettant les fondemens du mariage, et de l'établissement de l'institué, a voulu pourvoir non seulement à luy, mais à ses enfans, sans qu'il soit besoin de dire, que les Arrests ont jugé, que cela se soit fait par droit de transmission, ni même de représentation. Et premièrement, la transmission se fait d'une succession échue, lorsque l'héritier vient ensuite à décéder auquel cas, quoiqu'il ne se soit pas encore porté héritier, et que ce soit une maxime que *hereditas non adita non transmittitur* ; néanmoins on admet les enfans de l'institué à recueillir les biens contenus dans l'institution, *L. un.* §. *novissimo C. de cad. toll. L. un. C. de bis qui ante apertas tab. decess.* Ainsi comme nous présupposons icy le prédécès de l'héritier contractuel, ce n'est point le véritable cas de la transmission qui ne se fait que des droits déjà échus. D'ailleurs, l'on n'a donné atteinte à cette règle, qui dit, que *hereditas non adita non transmittitur*, qu'en faveur des enfans, et petits-enfans, en quoi l'on a considéré la liaison qu'il y avait entre le testateur et les enfans de son fils, qui est son héritier institué ; au lieu que selon les Arrests, nous admettons les enfans de l'héritier contractuel, qui est décédé avant le donateur, encore même que l'institution soit faite en ligne collatérale, ou même par un étranger ; car l'Arrest d'Albiat du 16 Juillet 1613, qui est rapporté dans tous les livres, et principalement dans Monsieur le Bret, part. 1. liv. 3. décis. 3. et dans une annotation sur le chap. 90 de la seconde Centurie de Monsieur le Prestre, et par Maistre Jean Marie Ricard, part. 1, nomb. 511, des Donations, enfin, par Maistre Julien Brodeau, sur la Lettre S. de Monsieur Louet, nomb. 9, Arr. 6, estoit dans l'espèce d'une institution contractuelle faite par un oncle au profit de son neveu, lequel étant décédé avant luy, ses enfans furent admis à recueillir les biens contenus en l'institution. Ainsi il n'est pas trop régulier d'appeler transmission ce que nous admettons contre toutes les Loix de la transmission : ou il faut avertir au moins, si on ne se veut point éloigner de l'usage, que ce sera une transmission fort improprement dite

35. Ce que cet Arrest, et ceux rapportez par Monsieur de Cambolas, liv. 6, chap 20, nomb. 4, ont jugé, n'est point non plus un droit de représentation, par les mêmes raisons : mais j'estime, que les enfans de l'héritier contractuel ainsi prédécédé, ont esté appelez sur le fondement de la présomption de la volonté de celuy qui avait fait l'institution, lequel est réputé avoir voulu pourvoir aux enfans qui naistraient du mariage, en faveur duquel il faisait cette institution : ce qui fait qu'ils y viennent *jure suo*, et c'est pourquoy les parens collatéraux de l'héritier contractuel n'ont pas ce droit ; parce que cette présomption n'est pas pour eux, et que l'enfant qui vient ainsi par transmission n'est point tenu, à raison de cette transmission, des dettes contractées par son père, s'il n'est son héritier, parce qu'il est censé tenir l'institution de la libéralité et de la main de l'instituant, non de l'institué.

36. Enfin, cette présomption milite si fort en faveur des enfans de l'institué, qu'elle les fait venir à son défaut, et en cas de son prédécès, dans les coutumes même qui n'admettent aucune représentation, dans lesquelles bien loin que la disposition de la loy fasse cesser ce droit, qu'au contraire l'on doit présumer que le père qui a fait l'institution contractuelle, l'a fait dans la pensée de jetter de solides fondemens du mariage de son fils, et d'assurer sa succession aux enfans qui naistraient de ce mariage, en cas que son fils décédast avant luy. Aussi, comme il vient d'être montré, ce droit ne dépend point de la représentation.

Je vais plus loin, et estime que dans ces coutumes qui n'admettent aucune représentation, comme celles de Boulenois, art. 76 de Ponthieu, art. 8 d'Artois, art. 93, du Comté de Hainaut, chap. 90, art. 5, et où le droit d'aînesse passe de l'aîné prédécédé au second fils, au préjudice des enfans de l'aîné, l'aîné héritier institué par son contrat de mariage venant à mourir avant le père, qui l'a institué, ses enfans succèderont à son droit d'aînesse, aussi bien qu'au reste de sa part héréditaire, parce que la transmission, si l'on peut icy user de ce nom, ne se divise point, et elle se fait pour tout ce que celuy qui

transmet aurait eu s'il avait vécu : Ainsi les enfans de l'ainé auront une part d'aîné en vertu de son institution, et le père est censé avoir voulu corriger absolument la dureté de la Coutume, et rétablir la représentation avec tous les droits de la personne représentée, et soutenir la branche de l'aîné par tous les avantages que la Coutume luy donnait à luy-même. C'est pourquoi les petits-fils auront le droit d'aînesse. L'on ne peut point objecter que cette transmission opère dans ces Coutumes une translation du droit d'aînesse, de la personne de celuy qui doit obtenir ce droit aux termes de leur disposition en la personne de ses neveux : car ce n'est pas tant une translation qu'une fixation du droit d'aînesse dans la branche de l'aîné, qui en avoit esté déjà saisi de son vivant, par la fiction que la Loy souffre en ligne directe.

Cette volonté présumée du père qui a fait l'institution, fait aussi venir les enfans de l'institué avec un degré supérieur, quoiqu'ils ne soient pas dans les termes de représentation, ce qui s'est présenté en cette espèce. Un oncle en mariant son neveu luy avait fait plusieurs avantages, outre lesquels il l'avait institué son héritier contractuel pour venir avec les autres héritiers, qu'il aurait lors de son décès. Il arriva que ce neveu mourut avant son oncle, et laissa des enfans qui lors de la mort de leur grand oncle se trouvèrent en concurrence avec d'autres neveux d'une autre branche, ceux-ci prétendaient exclure ces arrière-neveux, comme n'estant point compris dans la disposition, et estant hors des termes de représentation, et la question principale était, supposé qu'ils pussent venir à la succession, quelle part ils auraient, et s'ils viendraient par testes, ou par souches : et il fut répondu que ces arrière-neveux profiteraient de la part que leur père aurait eue, s'il avait vécu.

---

* 4 *Marcadé, sur art.* 1082 *C. N.,* *No.* 281 *et s.* } 281. Voyons maintenant au profit de quelles personnes peut se faire la donation de biens à venir.

Elle peut se faire soit 1° au profit de l'un des époux, soit 2° au profit de tous deux, soit 3° au profit de l'un ou de tous les deux et de la postérité à naître du mariage.

Elle peut se faire d'abord pour un seul des époux ; car, si le premier alinéa de notre article ne parle que *des époux*, le second a soin de dire : les époux *ou l'un d'eux*.—Elle peut l'être pour tous les enfants, petits-enfants, arrière-petits-enfants à naître du mariage ; car si le premier alinéa ne parle d'abord que des enfants, le second a soin de dire : les enfants *et descendants*.—Mais elle ne peut pas avoir lieu pour les descendants seulement ; il faut qu'elle s'adresse aux époux et aux descendants : aux époux d'abord (ou à l'un d'eux), et à sa descendance ensuite ; car la loi ne permet la disposition au profit des enfants que " dans le cas où le donateur survivrait à l'*époux donataire*." Ainsi, il faut d'abord appeler un des époux ou tous deux en première ligne ; et c'est seulement en seconde ligne, et pour le cas où ces premiers donataires prédécéderaient, qu'il est permis d'appeler leurs descendants : la donation ne peut pas se faire principalement à ces enfants ; elle peut seulement s'étendre à eux, en cas de prédécès des donataires principaux.

282. Mais s'il est permis d'appeler ces descendants, ce n'est pas obligatoire ; on peut appeler les père et mère ou l'un d'eux, et repousser lés descendants. Il est vrai que ces descendants sont vus avec tant de faveur, que, si le donateur n'en parle pas, la donation est de plein droit présumée faite à leur profit ; mais ce n'est là qu'une présomption, et cette règle, dès lors, disparaîtrait devant une déclaration de volonté différente. Tous les auteurs étaient d'accord sur ce point, lorsque M. Coin-Delisle est venu soutenir une doctrine contraire (nos 29 à 35).

Il invoque d'abord l'ancien droit. Mais nous avons déjà vu, et M. Coin-Delisle reconnaît lui-même ailleurs (n° 52), qu'il n'y a rien à conclure de l'ancien droit au nouveau sur cette matière. Il ajoute que c'est là une présomption légale, et que, dès lors, aucune preuve n'est admise contre elle. Mais la loi ne repousse ainsi toute preuve contraire que pour les pré-

somptions sur le fondement desquelles elle prononce une nullité (art. 1352), et il n'est pas question de nullité ici.—Il argumente ensuite du retranchement de ces mots qui terminaient notre article dans le projet : *si le contraire n'a été exprimé*, et aussi de ce qu'on a ajouté après coup le mot *seulement ;* et il en conclut que la faculté de ne pas appeler les enfants, qui devait exister d'après le projet, a été enlevée, et que les enfants devront toujours venir malgré la déclaration expresse et catégorique du donateur qu'il entend donner *aux époux seulement.* Mais si l'on avait entendu donner à cette suppression, et surtout à l'addition du mot *seulement*, ce sens rigoureux ; si l'on avait voulu dire que les descendants seraient toujours appelés malgré l'expression formelle d'une volonté contraire, on n'aurait pas pu dire que la donation serait alors *présumée* faite à leur profit, mais bien qu'elle serait faite (ou réputée faite) à leur profit ; on ne peut *présumer* que ce qui n'est pas exprimé ; quand le disposant déclare positivement *non*, la loi peut bien dire que néanmoins ce sera *oui*, mais elle ne peut pas dire que ce *oui* sera *présumé.* Il résulte donc déjà du maintien du mot *présumé* que les mots *si le contraire...* n'ont été retranchés que comme inutiles ; et que le mot *seulement* a été ajouté, non pas pour le cas où le disposant aurait positivement déclaré *donner seulement* aux père et mère, en excluant ainsi les enfants, mais pour le cas où il aurait *seulement déclaré* donner aux père et mère, sans parler des enfants : c'est quand ces enfants seront ainsi passés sous silence que la donation pourra être, et sera, en effet, *présumée* faite à leur profit.

M. Coin-Delisle s'appuie encore sur ce que notre article étant tout exceptionnel et laissant dès lors défendu tout ce qu'il ne permet pas, force est bien de rester dans les termes du premier alinéa, qui n'autorise, dit-il, la libéralité que quand elle s'adresse *tant aux époux qu'aux enfants.* L'argument n'est pas heureux : car il est évident que ce premier alinéa emploie des termes qui n'ont rien d'impérieux et qui doivent s'expliquer par le second alinéa : si l'on s'en tenait ainsi au premier

alinéa, on dirait que la donation ne peut être faite qu'aux deux époux simultanément, et qu'elle ne s'étend qu'aux enfants du premier degré ; c'est le reste de l'article qui nous dit qu'elle peut se faire aux époux *ou à l'un d'eux*, et aux enfants *ou autres descendants*. De même ce second alinéa nous fait comprendre que la donation, qui peut être faite aux époux et aux enfants, peut aussi ne l'être qu'aux époux.—Notre confrère invoque enfin l'art. 1089, qui dit que la donation n'est caduque qu'autant que le donateur survit au donataire *et à sa postérité*. Mais cet article, qui n'est d'abord pas le siège de la matière et ne s'occupe pas de nous dire à quelles personnes peut se faire la donation, doit nécessairement s'expliquer par le nôtre, et ne peut pas se prendre dans un sens absolu et indépendant des dispositions auxquelles il se réfère. Ainsi, quoiqu'il parle de la postérité en général et sans restriction, il est bien certain, et M. Coin-Delisle reconnaît avec nous (et avec tous les auteurs) qu'il ne peut être question que de la postérité issue du mariage en considération duquel la donation a été faite. De même, il ne peut être question que de la postérité qui se trouve appelée par la déclaration ou du moins par le silence du donateur, mais non de celle qu'il aurait formellement exclue.

Il n'y a donc aucun des arguments de M. Coin-Delisle qui soit concluant ; et nous restons en face de cette idée, que l'extension aux descendants de la donation faite seulement aux époux ou à l'un d'eux n'ayant lieu que par présomption de la volonté du donateur, c'est seulement en cas de silence de ce donateur que cette extension est possible, mais non dans le cas d'une exclusion formelle... Et maintenant, ce qui rend le doute impossible, c'est que notre article a été présenté par le gouvernement aux législateurs et décrété par ceux-ci dans le sens que nous lui connaissons. Voici, en effet, ce que dit l'Exposé des motifs au Corps législatif : " Les donateurs *pourront* prévoir le cas où l'époux donataire mourrait avant eux, et, dans ce cas, *étendre* leur disposition au profit des enfants à naître du mariage. *Dans le cas où les donateurs n'auront pas*

prévu le cas de leur survie, il sera présumé de droit que leur intention a été de disposer non-seulement au profit de l'époux, mais encore en faveur des enfants et descendants à naître du mariage." (Fenet XII, p. 569.) Ainsi, en prévoyant le cas de leur survie, les donateurs *peuvent* étendre la donation aux descendants, mais ils n'y sont pas tenus ; et l'extension de plein droit n'a lieu que quand les donateurs *n'ont pas prévu ce cas de leur survie.*

283. Il est évident, au surplus, que les descendants à naître du mariage en faveur duquel se fait la donation sont les seuls au profit desquels cette donation puisse être faite ou présumée faite. Des enfants de l'époux, d'un autre mariage, à naître ou même déjà nés, ne pourraient jamais y être appelés, même par une clause formelle ; car on retomberait pour eux dans la règle qui déclare nulle toute donation de biens à venir (art. 943). Les enfants à naître *du mariage* sont seuls exceptés par notre article 1082, et Grenier, qui avait d'abord émis une opinion contraire, a bientôt reconnu qu'elle était insoutenable (nº 421).

284. Les enfants et descendants du mariage appelés à la donation, soit par une clause formelle, soit par le simple silence du disposant, ne sont nullement des substitués fidéicommissaires ; et ils ne sont pas même précisément des substitués vulgaires. Ce ne sont pas des substitués fidéicommissaires ; car rien n'oblige l'époux donataire, s'il survit au donateur et recueille la disposition, de conserver les biens pour les rendre plus tard à ses enfants ; il est parfaitement libre d'en disposer comme il l'entendra. Ce ne sont pas non plus des substitués vulgaires, nonobstant la doctrine de M. Demante (II, nº 493, *in fine*) ; car ils ne sont pas appelés à recueillir dans tous les cas où l'époux ferait défaut, mais seulement dans le cas où cet époux mourrait avant le donateur. Ainsi, que cet époux survive au donateur et refuse la donation, les enfants ne pourront pas recueillir à sa place, tandis qu'un substitué vulgaire recueillerait (art. 898). Les enfants ne pourraient pas recueillir alors, puisque la loi ne permet de les appeler que

pour le cas où le donateur survit, et qu'ici c'est le donataire qui a survécu. La décision contraire de M. Duranton (nº 702) et une erreur fondée sur un cercle vicieux évident.

Le savant professeur dit que les enfants recueilleront dans le cas de renonciation de l'époux, parce qu'ils sont substitués vulgairement ; mais pour dire qu'ils sont ainsi substitués, il faut tout d'abord supposer qu'ils ont le droit de recueillir dans ce cas de renonciation, et dans tous les cas où l'époux donataire ferait défaut ; M. Duranton pose donc comme principe ce qui est précisément la question... Voici la vraie doctrine en deux mots : En principe, la donation de biens à venir est défendue (art. 943) ; notre article, en la permettant, constitue donc une exception qui doit, comme toute exception, s'interpréter restrictivement, et ne pas s'étendre au delà de ses termes. Or, cet article ne la permet pour les enfants de l'époux donataire que pour le cas où cet époux mourrait avant le donateur ; donc elle reste prohibée quand il lui survit, et, par conséquent, ce n'est pas un cas de substitution vulgaire.— M. Duranton enseigne que le droit des enfants s'ouvrirait non-seulement par la renonciation de l'époux donataire, mais aussi par son *indignité :* cette idée est encore plus malheureuse que l'autre. En effet, ce n'est pas là un cas de succession, c'est un cas de donation. Or, il n'y a pas, pour les donations, d'autre indignité que l'ingratitude ; mais précisément l'art. 959 déclare que l'ingratitude cesse d'être une cause de révocation pour les donations faites en faveur du mariage. Il n'y a donc pas d'indignité possible dans notre matière.

285. Il n'est pas exprimé dans notre texte, mais il doit paraître certain que le Code, en appelant après les enfants les autres descendants, ne les appelle que pour le cas de prédécès des premiers, et qu'en transmettant ainsi les biens à toute la descendance, comme s'il s'agissait d'une succession, il entend appliquer des règles analogues à celles des successions. Ainsi, que le donataire meure, avant le donateur, laissant tout à la fois des enfans et des petits-enfants, ceux de ces petits-enfants qui auraient encore leur père ne pourraient pas recueillir,

quand même ce père renoncerait (art. 744) ; ceux dont le père serait prédécédé le représenteraient pour concourir avec les autres enfants, leurs oncles ; et si tous les enfants étant prédécédés, il n'y avait que des petits-enfants, ils partageraient par souches et non par têtes.

286. On s'est demandé si le donateur pourrait dire qu'il se réserve, en cas de prédécès du donataire, de distribuer lui-même les biens inégalement et comme il l'entendra aux descendants de celui-ci, ou même de les donner en totalité à celui d'entre eux qu'il voudra désigner alors. Il est évident qu'il le pourrait ; car ce serait tout simplement dire qu'il entend reprendre ces biens dans ce cas de prédécès, pour en faire alors tel usage qu'il lui plaira ; et nous avons prouvé contre M. Coin-Delisle que le donateur peut stipuler cette caducité de la donation pour le prédécès du donataire. Seulement, il n'y aurait alors de sérieux que cette stipulation de caducité, et la quasi-promesse d'une donation future aux enfants n'aurait évidemment rien d'obligatoire.

Mais pourrait-il aussi effectuer dès à présent cette attribution inégale des biens aux enfants, ou cette donation de tous les biens à un seul, par exemple, au premier enfant mâle qui naîtra ? Il est certain que non, quoi que puissent dire M. Dalloz (chap. 11, sect. 3) et M. Vazeille (nº 5). En effet, notre article, en dehors de la disposition duquel on retombera toujours dans la prohibition de l'art. 943, ne permet la donation de biens à venir qu'aux *enfants et descendants*, en masse, collectivement, et dès lors avec des droits égaux ; en sorte qu'on ne peut ni leur attribuer des parts inégales, ni appeler un ou plusieurs à l'exclusion des autres. Sous la loi de 1826, le donateur pouvait bien atteindre ce résultat ; mais ce n'était pas par une simple donation de biens à venir : ce ne pouvait être qu'au moyen d'une substitution, et en chargeant l'époux donataire de conserver les biens pour les rendre également ou inégalement à un ou plusieurs de ses enfants.

289. Le donataire de biens à venir, alors même qu'il est appelé à l'universalité du patrimoine, ne doit jamais les dette

que jusqu'à concurrence des biens, et n'en peut pas être tenu *ultra vires.* C'est évident, puisque cette obligation de payer les dettes *ultra vires* n'existe que pour celui qui est *héritier*, et que la disposition dont il s'agit ici, au lieu d'être comme autrefois une *institution d'héritier*, n'est plus qu'une *donation.*

---

* *Lacombe, Vo. Don., sec. VII.* } VII. *De l'effet des donations de biens présens et à venir par contrat de mariage.*

V. Ric. des donat. part. 1, n. 1051 et suiv.

V. Institution contractuelle.

V. supr. part. 1, sect. 4, art. 17.

N'empêchent le donateur de vendre, acheter, et créer des dettes, Louet, D. 69.

Il faut que le donataire survive, sans quoi la donation n'est valable que pour les enfans du mariage, et devient caduque pour les autres héritiers du donataire, Ric. *eod.* part. 3, n. 827, *v. supr.* sect. 4, dist. 2, n. 6, *v.* Institution, sect. 2, n. 4, mais *v.* Donation, part. 1, sect. 4, art. 17.

---

* *C. N.* 1082. } Les pères et mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire.

Pareille donation, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage.

[ARTICLE 830.]

830. Les donations à cause de mort par contrat de mariage peuvent être énoncées en termes de donation, d'institution d'héritier, de constitution de dot ou de douaire, de legs, ou sous tous autres termes qui manifestent la volonté du donateur.

830. Gifts in contemplation of death made by contract of marriage, may be expressed in the terms of a gift, of an appointment of heir, of an assignment of dowry or dower, of a legacy, or in any other terms which indicate the intentions of the donor.

---

* 5 *N. Denizart*, *V Conv. matrim.*, *p.* 544. } 1. Les contrats de mariage sont susceptibles de toute sorte de conventions, même celles qui sont contraires aux loix, et qui seraient réprouvées dans tout autre acte, pourvu qu'il n'y ait pas de statut exprès prohibitif, même pour le contrat de mariage.

Telles sont les donations avec réserve de disposer de l'objet donné, lesquelles sont nulles lorsqu'elles ne sont pas faites par contrat de mariage, à cause de la règle *donner et retenir ne vaut ;* les donations à cause de mort ; les donations d'immeubles par les mineurs ; l'institution d'héritier, nulle en tout pays lorsqu'elle est faite par un acte entre-vifs ; les renonciations à succession future ; la dérogation aux coutumes, et l'adoption d'une loi étrangère, nulles en tout autre acte, parce que les conventions des particuliers ne peuvent point en général déroger au droit public.

Ce principe avoué par tous les auteurs, est autorisé par les dispositions expresses de plusieurs de nos coutumes, entr'autres Montargis, *chap.* 8, *art.* 8*;* Auvergne, *chap.* 24, *art.* 26*;* la Marche, *art.* 296*;* Orléans, *art.* 202. La coutume de Bourbonnais s'en explique ainsi, *art.* 219 : " Toutes donations, conventions, avantages, institution d'héritier, faites au contrat de mariage au profit et utilité des *mariés*, de l'un d'eux ou des

descendants dudit mariage, sont bonnes et valables, en quelque forme qu'elles soient faites, même en donnant et retenant, et posé qu'elles soient immenses, inofficieuses, et jusqu'à l'exhérédation des propres enfants dudit disposant ; soient icelles dispositions faites ou ajoutées audit contrat de mariage, avant ou pendant les fiançailles, réservé toutefois auxdits enfans leur droit de légitime, posé aussi que lesdites donations et avantages soient faits à personnes étrangères contractant ledit mariage, bâtards ou autres quelconques."

2. La minorité des époux ne les empêche pas de se faire réciproquement ou à leurs descendans, par leur contrat de mariage, toutes donations et autres conventions qui entraînent l'aliénation de leurs immeubles, quoique dans tout autre acte les mineurs ne puissent donner entre-vifs leurs immeubles. En conséquence des donations universelles de tous biens, meubles et immeubles, faites par la femme encore mineure à son futur époux, ont été confirmées par deux arrêts, l'un du 13 mars 1741, qu'on trouve dans les arrêts notables de la Combe ; l'autre du 20 mai 1740, dont il a été fait mention ci-devant, *pag.* 205. Ce dernier est d'autant plus remarquable, que les deux époux avaient précédemment vécu en concubinage.

CHAPITRE TROISIÈME.

DES TESTAMENTS.

SECTION I.

DE LA CAPACITÉ DE DONNER ET DE RECEVOIR PAR TESTAMENT.

831. Tout majeur sain d'esprit et capable d'aliéner ses biens peut en disposer librement par testament sans distinction de

CHAPTER THIRD.

OF WILLS.

SECTION I.

OF THE CAPACITY TO GIVE AND TO RECEIVE BY WILL.

831. Every person of full age, of sound intellect, and capable of alienating his property, may dispose of it freely by will, with-

leur origine ou de leur nature, soit en faveur de son conjoint en mariage, ou de l'un ou de plusieurs de ses enfants, soit de toute autre personne capable d'acquérir et de posséder, sans réserve, restriction, ni limitation, sauf les prohibitions, restrictions et autres causes de nullité contenues en ce code, et les dispositions ou conditions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

out distinction as to its origin or nature, either in favor of his consort, or of one or more of his children, or of any other person capable of acquiring and possessing, and without reserve, restriction, or limitation; saving the prohibitions, restrictions, and causes of nullity mentioned in this code, and all dispositions and conditions contrary to public order or good morals.

---

* *S. R. B. C., ch.* 34, *s.* 2. } 2. Toute personne saine d'entendement, majeure et usante de ses droits, pourra léguer par testament ou acte de dernière volonté, soit entre conjoints, en faveur du mari ou de la femme, soit en faveur de l'un ou de plusieurs des enfants, à son choix, ou en faveur de qui que ce soit, tous et chacun ses biens, meubles ou immeubles, quelle que soit la tenure des dits immeubles, et qu'ils soient propres, acquêts ou conquêts, sans aucune réserve, restriction ou limitation quelconque :

Mais le testateur, ou la testatrice, étant conjoint ou conjointe par mariage, ne pourra tester que de sa part des biens de la communauté, ou des biens qui lui appartiennent, ni préjudicier par son testament aux droits du survivant, ou au douaire coutumier ou préfix des enfants ;

Et le droit de tester, tel que ci-dessus spécifié et déclaré, ne pourra conférer le pouvoir de léguer par testament en faveur d'une corporation ou autres gens de main morte, à moins que telle corporation ou gens de main morte n'aient la liberté d'accepter et recevoir suivant la loi. 41 G. 3, c. 4, s. 1.

* *C. de Paris art.* 292. } Toutes personnes saines d'entendement, âgées et usant de leurs droits, peuvent disposer par testament et ordonnance de dernière volonté, au profit de personnes capables, de tous leurs biens, meubles, acquêts et conquêts immeubles, et de la cinquième partie de tous leurs propres héritages, et non plus avant, encore que ce fût pour cause pitoyable.

---

* *C. N.*, 901. } Pour faire une donation entre-vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit.

---

832. La capacité de la femme mariée de disposer par testament est établie au premier livre de ce code, au titre *Du Mariage.*	832. The capacity of married women to dispose of property by will is established in the first book of this code, in the title *Of Marriage.*

Voy. C. C. B. C., art. 184.

---

833. Le mineur [même âgé de vingt ans et plus,] émancipé ou non, est incapable de tester d'aucune partie de ses biens.	833. Minors, [even of the age of twenty years and over,] whether emancipated or not, are incapable of bequeathing any part of their property.

---

* *C. de Paris, art.* 293. } Pour tester des meubles, acquêts et conquêts immeubles, il faut avoir accompli l'âge de 20 ans, et pour tester du quint des propres, il faut avoir accompli l'âge de 25 ans.

Voy. S. R. B. C., ch. 34, s. 2, cité sur art. 831.

[ARTICLE 834.]

834. Les tuteurs et curateurs ne peuvent tester pour ceux qu'ils ont sous leur puissance, ni seuls, ni conjointement avec ces derniers.

L'interdit pour imbécillité, démence ou fureur, ne peut disposer par testament ; le testament postérieur à l'interdiction du prodigue peut être confirmé ou non, d'après la nature des dispositions et les circonstances.

Celui auquel il a été seulement nommé un conseil judiciaire, soit à sa propre demande, soit sur provocation pour interdiction, le peut valablement.

834. Tutors and curators cannot bequeath property for the persons under their control, either alone or conjointly with such persons.

Persons interdicted for imbecility, insanity or madness cannot dispose of property by will. The will of a prodigal made subsequently to his interdiction may be confirmed or not according to circumstances and the nature of the dispositions.

A person to whom an adviser has been judicially appointed, whether at his own request or upon an application for his interdiction, may validly dispose of property by will.

---

* *Nov.* 39 *de l'emp. Léon.* } Mortalium nemo ad eam absolutionem pervenit, ut non obnoxiè aliquando res sua gerat : neque quisquam, ni fallor, ita desipit, quin crebro sibi utilis esse possit. Neque enim qui in omnibus prudentiæ suæ fidit, hunc omnia irreprehensibiliter facere sinit Deus : neque idem, cùm creator creaturæque suæ curator sit, mentis inopem per omnia ex imprudentia frustrari permittit. Præfatus hoc sum propter illam legem quæ prodigum de rebus suis quicquam aut velle aut statuere omnibus modis prohibet. Quam quidem legem, conjectis in res gestas oculis, pro illarum ratione, non autem ita simpliciter sancire : et, si quid inutiliter ges-

tum esset, non admittere : in quo vero aliqua utilitas verteretur, id suscipere oportebat. Nunc vero nihil istiusmodi præscribit, sed in universum prodigo de rebus suis consultandi potestatem adimit. Id nos resto judicio non convenire suspicati, legem illam relaxantes, statuimus, ut quæ judicium erroneum, quodque prodigum designet, dictet, neque approbatione, neque confirmatione digna habeantur : quæ vero ad utilitatem spectent, suscipiantur, atque nequaquam reprobentur. Quid enim, si prodigus aut hereditatem necessariis suis relinquere, aut pauperibus sua distribuere, aut denique gravem servitutis torquem servorum cervicibus adimere velit ? An ideo quod prodigus est, id illi non licere velle dicendum ? Quid, si quùm, prædium damnosum habeat, alter quispiam, qui vitio mederi possit, majore pretio quàm quanti prædium sit, id emere, ipsumque damnum levare velit ? An prodigalitas, quo minus ille sibi consulat, utiliterque negotietur, impedit ? At rationem non video. Quod itaque dixi, rerum gestarum conditio observator : etsi in ea prodigi mores non conspiciantur, quod actum est, ratum esto : si vero a prudenti rerum gestione aberratum esse appareat, id neque approbatione, neque confirmatione dignum habetor.

Ibidem.
Trad. de M. Berenger, fils. } Personne ne parvient à une assez grande perfection pour ne jamais faire de mauvaises affaires ; comme aussi, si je ne me trompe, personne ne manque de sagesse au point de n'en pouvoir jamais faire de bonnes. Dieu ne permet pas que celui qui se fie toujours à sa prudence fasse tout d'une manière irrépréhensible ; et s'il daigne au contraire éclairer notre conduite, quelque pauvres d'esprit que nous soyons, il nous préserve souvent d'être abusés par notre ignorance. J'avance ces vérités au sujet de la loi qui défend au prodigue d'une manière absolue de ne rien vouloir ni statuer sur sa propre chose.

Cette disposition est trop générale ; il fallait, d'après la gestion du prodigue, décider que tout ce qu'il aurait fait d'inutile serait nul, et que tout ce qui aurait tourné à son profit, au contraire, serait valable. Mais au lieu de disposer de cette

manière, elle ôte absolument au prodigue le pouvoir de faire lui-même ses affaires. Or, comme cela n'est point raisonnable, nous abolissons cette loi, et nous statuons que tout ce que le prodigue fera par des motifs peu sages et qui prouveront sa prodigalité ne sera ni approuvé, ni confirmé, et que tout ce qu'il fera dans des vues utiles, au contraire, devra être ratifié et nullement réprouvé. Car, je suppose que le prodigue veuille laisser sa succession à ses proches, ou distribuer ses biens aux pauvres, ou enfin délivrer ses esclaves d'une servitude cruelle, faut-il, parce qu'il est prodigue, décider que cela ne doit pas lui être permis ? Je suppose encore qu'ayant un fonds sur lequel il éprouve des pertes, un individu quelconque croyant pouvoir remédier à ses vices, veuille le lui acheter plus qu'il ne vaut, et le préserver ainsi du dommage qu'il lui cause, sa prodigalité devra-t-elle être un obstacle à ce qu'il puisse faire un marché qui lui est avantageux ? Certes, je n'en vois pas la raison. Je le répète donc, il faut examiner l'état de la gestion du prodigue. Si elle n'offre aucune preuve de sa prodigalité, tout ce qu'il aura fait devra être ratifié ; si au contraire il s'est écarté en quelque chose des règles d'une sage administration, cela ne devra être ni approuvé ni confirmé.

---

* 9 *Guyot, Vo. Interdiction, § V, p.* 443-4-5. } La sentence d'interdiction, une fois prononcée, ôte à l'Interdit la disposition et même l'administration de ses biens. Il n'en peut disposer ni par contrat, ni par donation entrevifs, ni par testament.

L'Interdit doit être assisté en tout de son curateur, que la sentence ne doit point omettre de nommer.

Cependant, quoique l'Interdit pour fureur ou pour démence soit privé même de tout ce qui concerne l'administration de ses biens, s'il fait un testament qui ne contienne que des dispositions sages, cet acte doit avoir son exécution.

Cette proposition est généralement reçue pour les testamens

olographes ; mais il n'en est pas de même du testament devant notaires. L'arrêt du sieur Brest, dont il est fait mention dans une division de cet article, ne permet plus de douter que ce dernier ne soit nul.

La raison de cette différence est facile à saisir. Dans le premier, le testateur agit seul, ou est censé agir seul. Dans l'autre, on peut toujours supposer que ses dispositions ont été corrigées par l'officier qui les rédige, et que celui-ci a négligé d'écrire celles qui auraient pu constater la démence.

Voici la jurisprudence des arrêts, qui a confirmé ces principes.

Un arrêt du 2 juin 1734, rendu sur les conclusions de M. de Chauvelin, avocat général, ordonne l'exécution du testament olographe du sieur Cointrel, fait deux mois après son Interdiction nonobstant le fait de démence, allégué au temps du testament, par les héritiers qui demandaient à être admis à en faire preuve.

La cour jugea que l'acte devait contenir lui-même cette preuve : et le testament du sieur Cointrel en contenait une contraire. La sagesse du testament fait présumer celle du testateur.

On demande si l'Interdit pour prodigalité a la faculté de tester.

Domat décide la négative. Il regarde cette incapacité comme une suite nécessaire de son Interdiction. *La même cause* dit-il, *qui mérite la peine de l'Interdiction, mérite aussi celle de l'incapacité de disposer par testament.*

Et soit, ajoute-t-il, que l'on considère le mauvais usage que pourrait faire le prodigue Interdit de la liberté des dispositions à cause de mort, ou la conséquence de le punir de sa mauvaise conduite par la privation de cette liberté, quand il pourrait même en faire quelque bon usage, il est de l'intérêt des familles et du public qu'une personne d'aussi mauvaise conduite qu'un prodigue Interdit ne puisse tester.

Cet auteur regarde l'Interdiction du prodigue comme une peine qui lui est infligée ; en cela il diffère de l'opinion com-

mune qui ne la regarde que comme un secours de la loi accordé à une personne en qui se rencontre une incapacité naturelle. Dominé par des passions qui le jettent dans une espèce de délire, le prodigue n'est pas censé avoir de volonté ; c'est sans réflexion et par conséquent sans crime qu'il répand ses profusions ; et la loi ne punit que les fautes de l'homme et non les imperfections de la nature.

Ricard regarde l'empêchement du prodigue comme participant de la nature et de la loi. Et en général la prodigalité est considérée comme une espèce de folie.

Les Romains, de qui nous avons emprunté la législation des testamens, rejetaient en général celui de l'Interdit : ils le déclaraient nul, de plein droit. *Is cui bonis interdictum est, testamentum facere non potest. Et, si fecerit, ipso jure non valet.* Telle est l'expression de la loi dix-huit au digeste, *touchant ceux qui peuvent faire des testamens.* Ils admettaient cependant une distinction : si le testament était antérieur à l'Interdiction ils le confirmaient : *Quod tamen Interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valebit.*

M. de Hericourt, dans ses notes sur Domat, enseigne la même doctrine, et, quant à la distinction admise par les Romains, il avoue qu'elle est décidée par les textes que nous venons de rapporter, et n'en reste pas moins dans le doute. Après avoir exposé que nous rejetons la novelle 39 de l'empereur Léon, qui confirme le testament du prodigue lorsqu'il ne contient que des dispositions raisonnables, il ajoute ce qui suit : "Mais pour le testament qui précéderait l'Interdiction, il " y a plus de difficulté de savoir s'il doit subsister ; et quoique " la question soit décidée par les textes rapportés sur cet article " qui veulent que ce testament ait son effet, il n'est pas défen- " du de considérer quelques inconvéniens qui peuvent suivre " de cette règle : car, comme il est certain que les prodigues " ne sont interdits que par une mauvaise conduite qui sans " doute a précédé l'Interdiction, et que c'est par une mauvaise " conduite qu'ils sont incapables de tester ; la même raison

" qui veut qu'on annule le testament fait après l'Interdiction, " semble demander qu'on annule aussi celui qui l'a précédée : " car comme il est naturel de présumer que, comme un pro- " digue ne s'avise pas de faire un testament, s'il n'y est porté " par d'autres personnes, il n'aurait fait le sien que par l'im- " pression des complices de ses débauches et en leur faveur ; " et il pourrait arriver aussi, qu'un testament dont les dispo- " sitions devraient être changées par rapport aux changemens " qui seraient survenus dans la famille du prodigue ne pour- " rait néanmoins être réformé, puisqu'étant incapable de " tester il ne pourrait faire de nouvelles dispositions."

Quelle que soit l'autorité de ces décisions, rien n'empêcherait le juge de confirmer le testament du prodigue, sans distinction du temps où il aurait été fait : il suffirait qu'il eût la conviction que de justes motifs l'auraient déterminé et qu'il n'aurait point passé les bornes d'une reconnaissance bien entendue : par exemple, s'il appelait à ses libéralités un parent qui eût voté à son interdiction, quel serait le motif d'annuler un testament ? Comme nous n'avons aucune loi précise, le juge peut suivre la jurisprudence romaine, qui, dans les tempéramens qu'elle a admis, n'a rien décidé que de conforme à la plus saine raison.

Cette opinion est conforme à celle de Ricard : " Quoique " (dit-il, après avoir rapporté le sentiment de différens doc- " teurs) le prodigue soit demeuré un temps considérable, " depuis la sentence d'Interdiction, sans réitérer les actions " qui avaient servi à témoigner le dérèglement de son esprit, " s'il passe quelque contrat qui lui soit fort préjudiciable, ou " s'il fait un testament dans lequel il partage ses biens entre " les compagnons de ses débauches ou autre personne qui " n'avait pas mérité cette grâce de lui, et qu'il fasse en un " mot ce qu'un homme d'une bonne conduite n'aurait pas " fait, je ne fais point de difficulté qu'on doit condamner le " contrat ou le testament, parce qu'il sert de preuve suffisante " pour faire voir que la cause de l'Interdiction n'a pas cessé,

" et que la sentence est restée en pleine vigueur aussi bien " pour la substance que dans la forme.

" Si au contraire l'acte qui sert de sujet à la contestation " ne contient rien qui ne soit dans l'ordre, et qu'une per- " sonne avisée dans la direction de son bien n'ait dû faire ; " c'est un fort grand motif pour en ordonner la confirmation " nonobstant la sentence d'Interdiction précédente."

Cependant nous croyons que cette distinction, dont Ricard étend la faveur à tous les actes, ne peut être suivie que dans les dispositions de dernière volonté.

Le testament du prodigue, pour cause pie, ou entre enfans, est valable ; cette exception est autorisée par des arrêts que rapporte Maynard, liv. 7, chap. 19, et Cambolas, liv. 5.

Toutes les fois qu'on parle du prodigue, on entend celui qui est déclaré tel par la sentence d'Interdiction.

Celui qui n'a qu'un conseil, dispose en toute liberté par acte de dernière volonté.

---

* 13 *Guyot, Vo. Prodigue.* } Le prodigue interdit peut-il tester ? Nous ne répéterons pas ici ce qu'on a dit à ce sujet au mot INTERDICTION. Nous ajouterons seulement qu'il a été rendu, dans les tribunaux des Pays-Bas, des arrêts conformes à quelques-uns de ceux qu'on a cités à cet article. Asande, liv. 4, tit. premier, décision 3, en rapporte un du conseil souverain de Frise, du 27 octobre 1626, qui confirme le testament d'un prodigue, par la raison qu'il ne contenait que des dispositions sages et raisonnables. Grœneweghen sur les institutes, liv. 2, tit. 12, §. 2, assure que la même chose a été jugée au conseil de Hollande : *Ita quoque in Hollandiæ curiâ judicatum intellexi.* M. Pollet, partie 3, n°. 125, nous fournit un arrêt semblable du parlement de Flandres. " Marguerite " Willemet, dit-il, avoit fait une donation entre-vifs de tous " les biens dont elle pouvait disposer au profit des enfans de " Me Antoine Taisne de Boudet, conseiller au bailliage d'Ipres, " ses neveux et nièces. Elle avait deux frères, Guislain et

" François Willemet ; François avait été constitué en curatelle " un an avant la donation. Quelque temps après, François " Willemet, se sentant atteint d'une maladie mortelle, fait " son testament, par lequel il dispose de ses biens en faveur " des enfans de son frère Guislain. Après sa mort, Taisne, " au nom de ses enfans, s'oppose à l'exécution du testament, " soutient qu'il doit être déclaré nul, et emploie la disposi- " tion du droit. Les officiers du bailliage d'Ipres, juges de la " première instance, déboutèrent Taisne de son opposition : " appel à la cour. Par arrêt du 19 juillet 1710, il a été dit " mal appelé, et que la sentence sortirait effet. La cour n'a " point douté que la novelle 39 de Léon ne fût autorisée " par l'usage, et elle a jugé que le défunt avait prudemment " disposé de ses biens en faveur des enfans de son frère Guis- " lain, pour les récompenser des biens dont ils étaient exclus " avec leur père par la disposition de Marguerite Willemet " leur tante."

---

* 4 *Anc. Denizart, Vo. Testament, p.* 713 *et s.* } 156. Un interdit pour cause de prodigalité seulement, peut-il valablement tester, avant de s'être fait relever de son interdiction ?

En général, l'interdiction est une cause prohibitive de tester, parce qu'un interdit est présumé n'être pas *sui compos et sanæ mentis* : que d'ailleurs *non habet personam standi in judicio.*

Cependant je crois qu'il faut distinguer et dire que l'interdiction pour cause de dérangement d'esprit ou de fureur, est un obstacle absolu pour tester, parce que ceux qui sont dans ce cas, n'ont point une volonté saine, et telle que les loix l'exigent de la part des testateurs. Mais un interdit seulement pour cause de prodigalité me paraît devoir être excepté des règles qui en général s'appliquent aux interdits. En effet le motif pour lequel on a fait interdire le prodigue était la crainte d'une dissipation totale de sa fortune qui le réduisit *ad inopiam* ; or ce moyen n'est point (relativement aux *tes-*

tamens,) un moyen absolu, comme il l'est dans les deux autres cas d'interdiction pour cause de dérangement d'esprit ou de fureur : cette interdiction pour cause de prodigalité est conciliable avec une volonté, qui lors du *testament* pouvait être saine, et la crainte de la dissipation de la fortune de l'interdit ne peut survivre à ce même interdit, à qui les biens ont été nécessairement conservés par le secours de l'interdiction de sa personne ; pourquoi donc ne pourrait-il disposer de ses biens par *testament*, et si cet acte de dernière volonté ne contient rien que de sage et de bien réfléchi, et que le testateur ait donné depuis son interdiction, des marques d'une conduite opposée à celle qui l'a fait interdire, quelle raison empêcherait de confirmer son *testament* ? Je me déciderais donc pour la validité de ce *testament*, et c'est aussi le sentiment de Ricard, tome premier, page 36, nº 153, édition de 1730. La raison de douter pourrait être prise dans la définition même de l'interdiction, qui empêche celui qui ne s'en est point fait relever, de pouvoir passer aucun acte.

157. Voici l'espèce d'un arrêt célèbre, qui confirme le principe ci-dessus annoncé, qu'un interdit pour cause DE DÉMENCE et de prodigalité ne peut valablement tester, qu'après s'être *juridiquement* fait relever de son interdiction.

Le sieur Lebrest, secrétaire du roi, fut interdit pour cause de *démence* et de prodigalité, par sentence du châtelet du 13 septembre 1748, SUR UN RAPPORT FAIT A LA CHAMBRE DU CONSEIL, ET APRÈS UNE DÉLIBÉRATION DU CONSEIL. Cette interdiction fut confirmée par le *testament* de la dame sa mère, par deux arrêts de la cour, et par une nouvelle sentence du châtelet du 23 décembre 1756, qui lui nomma des curateurs à la place de la dame sa mère. Le 5 juillet 1757, le sieur Lebrest, interdit, fit assigner plusieurs de ses parens paternels, à comparoir en l'hotel de M. le lieutenant civil : sçavoir, dix parens paternels et un parent maternel ; ceux-là comparurent en l'hôtel du magistrat, et déclarèrent qu'ils ne s'opposaient pas à la main levée de l'interdiction du sieur Lebrest, sur le fondement que les causes et motifs pour lesquels cette interdiction avait été prononcée,

leur paraissaient cessés, et le sieur Lebrest jouir d'un état *qui se rassurait de plus en plus.* Le même jour, 5 juillet 1757, M. le lieutenant civil donna lettres au sieur Lebrest des comparutions, réquisitions, avis et consentemens des comparans, et défaut contre les défaillans ; en conséquence ce magistrat fit main-levée au sieur Lebrest de son interdiction, le remit en tel et semblable état qu'il était avant icelle, à la charge qu'il ne pourrait vendre, aliéner ses biens, ni contracter aucun engagement sans l'avis, par écrit, du sieur Brochant l'aîné, qui lui fut nommé pour conseil. Cette même ordonnance de main-levée de l'interdiction portait que le sieur Lebrest aurait l'entière et libre administration de ses revenus, et que la présente sentence serait signifiée aux notaires du châtelet.

En 1763 le sieur Lebrest fit un *testament* olographe. Mais le 28 février 1766, il en fit un pardevant notaires à Paris, par lequel, ainsi que par un codicille du 7 mars suivant, après avoir fait quelques legs à ses parens maternels, il institua ses parens paternels ses légataires universels ; sa succession était composée de près de deux millions, mais il ne laissait de propres paternels que pour un objet extrêmement modi que. Les parents maternels attaquèrent ce *testament*, dont ils demandèrent la nullité sur le fondement principal, que l'ordonnance du magistrat, portant main-levée de l'interdiction du sieur Lebrest, était incompétemment rendue, l'ayant été par M. le lieutenant civil, seul, et dans son hôtel ; tous les engagements, disaient-ils, tous les liens civils quelconques, ne peuvent se rompre que de la même manière qu'ils ont été formés : *Quid tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvi, quo colligatum est.* L. 25, *de reg. jur.* L'interdiction, continuaient-ils, a été prononcée sur rapport, à la chambre du conseil ; elle ne pouvait donc être levée que de cette manière. Outre cela, le compte qu'ils rendaient de toutes les actions du sieur Lebrest, avant et depuis la main-levée de son interdiction, prouvait assez qu'il n'avait pas été dans le cas d'en être relevé. C'est dans ces circonstances que la cause portée à l'audience, et après que M. Barentin, avocat général, eut développé les

principes de la matière, et établi la nullité et l'incompétence de M. le lieutenant civil, pour accorder, seul, dans son hôtel, la main-levée d'une interdiction prononcée sur rapport, dans la chambre du conseil, arrêt est intervenu en la grand'chambre, le mardi 17 mai 1768, par lequel la cour, sur l'appel de l'ordonnance du lieutenant civil, *rendue en son hôtel*, portant main-levée de l'interdiction prononcée contre Nicolas-François Lebrest, a mis l'appellation et ce dont était appel, au néant; émendant, a déclaré la dite sentence nulle *comme incompétemment rendue*; en conséquence a déclaré le *testament* et codicille nuls et de nul effet, a ordonné le partage de la succession *ab intestat*, et cependant, du consentement des héritiers maternels, a ordonné le payement et délivrance des legs particuliers faits à chacune des parties dénommées dans les dits *testamens* et codicilles, *et en faveur desquelles personnes le dit sieur Lebrest avait testé.*

Faisant droit sur les conclusions de M. le procureur général, la cour a ordonné que l'arrêt du 10 juillet 1665, l'édit du mois de janvier 1685, registré le 22, pour l'administration de la justice du châtelet de Paris, ensemble un autre arrêt de la cour du 17 avril 1747, seraient exécutés selon leur forme et teneur; ce faisant, qu'il ne pourrait être statué par le lieutenant civil, en son hôtel, que sur les contestations, et dans le cas esquels, par l'article 17 du dit arrêt du 10 juillet 1665, il est permis à tous juges de faire acte de jurisdiction *en leurs maisons*; et dans ceux esquels il est permis au dit lieutenant civil, par les articles 6, 9 et 11 du dit édit, de rendre des ordonnances et jugemens *en son hôtel.* Plaidans Mes Legouvé et Aubry pour la dame de Riberolles et consorts; contre M. Clément de Feillet et autres, intimés, défendus par Mes Carré et Caillard. Il y eut des mémoires de part et d'autre.

Remarquez que M. l'avocat général a plaidé, relativement aux différentes dispositions testamentaires du sieur Lebrest, (trouvées plus ou moins raisonnables, suivant les intérêts opposés des parties,) que dans le cas du *testament* d'un interdit, *quelle que puisse avoir été la cause de son interdiction*, s'il n'en

a pas été juridiquement relevé, il n'est pas permis d'ouvrir son *testament* pour le discuter en justice : ainsi, et d'après cette opinion, la discussion *des intervalles lucides*, à laquelle on se livre toujours en pareille matière, deviendrait superflue. Voyez aussi *interdiction.*

---

* 8 *Pothier*, *Des Don. Test.*, *Nos.* 134 *et s.* (*contrà.*) } 134. Nos coutumes veulent que le testateur soit *sain d'entendement ;* la folie, la démence, rendent donc incapable de tester ; cela est pris dans la nature même des choses ; le testament est la déclaration des dernières volontés ; celui qui n'a pas l'usage de la raison, n'a point de volonté ; *furiosi nulla voluntas.*

135. Le testament qu'un homme en démence a fait est déclaré nul quand même il n'aurait pas été interdit ; car ce n'est pas tant l'interdiction que la démence même qui le rend incapable de tester ; l'interdiction ne fait que déclarer la démence ; et si elle peut être prouvée d'ailleurs, le testament qu'aura fait une personne en cet état doit être déclaré nul.

136. Quoique le notaire qui a reçu le testament ait déclaré *que le testateur lui a paru sain d'entendement*, les héritiers ne laissent pas d'être recevables dans la preuve qu'ils offriraient de faire de sa démence ; Soefve (arrêt du 8 janvier 1658, t. 2, centurie 1, ch. 77) ; car le notaire ne peut pas, dans un temps aussi court qu'est celui qu'il faut pour dicter un testament, juger de l'état du testateur, et d'ailleurs cette clause est de style. Cette clause est donc très inutile ; car, si elle n'exclut pas la preuve de la démence, lorsqu'elle se trouve dans le testament, elle ne préjudicie pas non plus à la validité du testament lorsqu'elle est omise.

137. Ceux qui sont interdits pour cause de prodigalité, ne peuvent faire de testament ; L. 18, ff. *Qui test. facere poss.* Mais comme le prodigue n'est pas privé de l'usage de la raison nécessaire pour tester, ce n'est pas la prodigalité par elle-même, mais l'interdiction, qui le prive de la faculté de tester,

en le privant du droit de disposer de ses biens ; c'est pourquoi ce n'est que depuis l'interdiction qu'il devient incapable de tester, en quoi il est différent d'une personne en démence.

138. Les muets qui ne savent pas écrire ne peuvent pas tester, car on ne peut tester qu'en dictant ses dernières volontés ou en les écrivant, l'ordonnance de 1731 ayant rejeté les testaments faits par signes.

Je ne croirais pas qu'on dût ordinairement faire valoir le testament qu'aurait écrit de sa main un sourd et muet de naissance ; car on ne peut être assuré qu'il soit l'ouvrage de sa volonté, et qu'il ne l'ait pas copié sans entendre ce qu'il copiait sur un exemple qu'on lui aura présenté.

---

835. La capacité du testateur se considère au temps de son testament ; néanmoins le testament fait antérieurement à la sentence de condamnation emportant mort civile est sans effet si le testateur décède sous l'effet de cette sentence.

835. The capacity of the testator is considered relatively to the time of making his will ; nevertheless a will made previously to a condemnation from which civil death results, is without effect if the testator die while he is under the effect of such condemnation.

---

* 1 *Ricard*, *Don.*, 1*ère part.*, *Nos.* 797-9. } 797. Il n'y a que deux temps considérables pour ce qui regarde le testateur ; savoir, celui auquel il fait son testament, et le temps de sa mort ; avec cette différence toutefois, que sa capacité est indistinctement requise dans le temps auquel il travaille à la solemnité de son testament. *Si filius-familias, aut pupillus, aut servus tabulas testamenti fecerit, signaveritque, secundùm eas bonorum possessio dari non poterit : licet filius-familias sui juris, aut pupillus pubes, aut servus liber factus deces-*

serit : quia nullæ tabulæ sunt testamenti, quas is fecit qui testamenti faciendi facultatem non habuit, l. si filius-familias 19. *D. de testam.*

799. Mais si l'incapacité dans laquelle le testateur se trouve au temps de sa mort, procède de quelque indignité qu'il ait contractée par ses crimes, ou que par adoption ou autrement il ait changé sa condition, et soit lors de sa mort dans un état auquel il n'ait pas la faculté de tester, le testament qu'il aura fait, étant valable, ne laissera pas de demeurer sans effet; *l. in eo* 2 *l. qui in potestate* 6 §. *surdus, l. ejus* 8. *initio, et* §. *sicui, l. in adversa* 17. *cum duab. ll. seqq. l. qui testamento* 20. §. *nec furiosus. D. de testam. l. si quis* 6 §. *irritum quoque, et l. certum* 8. *D. de injusto, rupt. et irr. fact. testamento.* §. *præter hos.* §. *nec ad rem.* §. *furiosi.* §. *sed id quod. et* §. *sed si quis. Instit. quib. non est permiss. fac. testam. l.* 1. §. *exigit* §§. *seqq. D. de bonor. poss. contra tab.*

---

* 8 *Pothier, Don. Test.,* *Nos.* 139 *et s.* } 139. Les lois qui règlent la capacité de tester, étant des lois qui ont pour objet de régler l'état des personnes et les droits qui sont attachés à leur état, il s'ensuit que ce sont des lois personnelles, qui exercent leur empire sur les personnes seulement qui sont domiciliées dans leur territoire, par rapport à tous leurs biens, quelque part qu'ils soient situés.

De là il suit qu'un fils de famille, domicilié en pays de droit écrit, ne peut tester de ses biens, quand même ils seraient situés en pays coutumier, à moins qu'ils ne proviennent de son pécule *castrense*, ou *quasi-castrense ;* et qu'au contraire un fils de famille, domicilié en pays coutumier, suffisamment âgé, peut tester de ses biens, quand même ils seraient situés en pays de droit écrit.

Par la même raison, un pubère mineur de vingt ans, domicilié en pays de droit écrit, peut tester de ses biens, quoique situés dans les coutumes de Paris et d'Orléans ; et au con-

traire, s'il était domicilié dans ces coutumes, il ne pourrait pas tester de ceux situés en pays de droit écrit.

140. Il y a néanmoins une différence à faire entre les lois qui règlent l'âge pour tester des biens ordinaires, et celles qui exigent un âge plus avancé, pour tester des propres, que celui qui est requis pour tester des biens ordinaires. Les premières sont des statuts personnels, n'ayant pour objet que de régler l'état de la personne, en définissant à quel âge elle doit être habile à user du droit de tester que la loi accorde aux citoyens. Mais celles qui défendent de disposer avant un certain âge des propres, même à ceux qui ont l'habilité de tester des biens ordinaires, paraissent avoir pour objet principal ces héritages propres qu'ils veulent conserver aux familles, en interdisant avant un certain âge leur disposition ; c'est pourquoi ces lois ayant pour objet les choses plutôt que les personnes, doivent passer pour statuts réels, et par conséquent ne doivent exercer leur empire que sur les choses situées dans leur territoire, et l'y exercer à l'égard de toutes sortes de personnes. C'est sur ces principes qu'il paraît que par arrêt (du 21 janvier 1716) rapporté au sixième volume du *Journal des Audiences* (liv. 6, ch. 3), on a jugé qu'un jeune homme de 21 ans, domicilié à Paris, avait pu tester de ses propres situés en Berri, quoique la coutume de Paris, en permettant de tester des biens ordinaires à 20 ans, ne permette de disposer du quint des propres qu'à 25.

Voy. autorités sur art. 831 et arts. 24 et 25 C. C. B. C.

---

* 17 *Guyot*, *Test.*, *p.* 123. } La capacité générale de faire des actes est fondée sur une loi naturelle. Celle de faire un testament est l'effet d'une loi civile, qui, suivant l'expression de l'immortel d'Aguesseau, accorde aux hommes une espèce de consolation de leur mortalité, en leur permettant de revivre, pour ainsi dire, dans la personne de leurs succes-

seurs, et de se procurer une image et une ombre d'immortalité par une longue suite d'héritiers qui puissent être un monument éternel de la sagesse et de la puissance du testateur.

De là suit naturellement l'incapacité des personnes qui sont mortes aux yeux de la loi civile. Comment en effet leur accorderait-elle un privilège aussi précieux que celui de tester, tandis qu'elle les considère comme non existantes ?

Ceux qui n'ont été condamnés qu'après leur mort, mais pour des crimes dont la mort n'éteint pas la poursuite, n'en sont pas moins considérés comme incapables d'avoir pu tester. La loi 6, § 11, D. *de injusto rupto et irrito Testamento*, nous en donne la preuve et l'exemple, en déclarant nul le testament d'un criminel de lèze-majesté qui n'a été accusé et condamné qu'après son décès.

---

836. Les corporations et mainmortes ne peuvent recevoir par testament que dans la limite des biens qu'elles peuvent posséder.	836. Corporations and persons in mortmain can only receive by will such property as they may legally possess.

Voy. S. R. B. C., ch. 34, s. 2, cité sur art. 831 et arts. 364 et suiv. C. C. B. C.

---

8 *Pothier*, *Don. Test.*, *Nos.* 145 *et s.* } 145. Les corps et communautés autorisés, les fabriques, les hôpitaux, les bénéficiers, en leur qualité de bénéficiers, et tous ceux qu'on appelle *gens de mainmorte*, ne sont pas absolument incapables des dispositions testamentaires qui seraient faites à leur profit.

On peut leur léguer de l'argent ou autres choses mobilières, même des rentes constituées sur le roi, le clergé, diocèse, pays d'Etat, villes et communautés ; mais, depuis l'édit de 1749, on ne peut leur léguer des rentes constituées sur particuliers,

même dans les provinces où ces rentes sont réputées meubles, car l'édit est général ; ni encore moins aucuns héritages, ni droits réels, ledit édit, art. 17, déclare nuls lesdits legs, ce qui est une suite de la défense générale qui leur est faite, d'acquérir à l'avenir, à quelque titre que ce soit, aucuns biens de cette espèce.

146. Quoique les gens de mainmorte puissent acquérir des biens de cette espèce, en vertu d'une permission particulière du roi, par lettres patentes dûment enregistrées ; néanmoins les legs qui leur seraient faits de biens de cette espèce, quoique sous la condition d'obtenir par eux des lettres patentes, ne laissent pas d'être nuls ; c'est ce qui est expressément décidé par ledit art. 17. Les legs qui seraient faits des biens de cette espèce à des tierces personnes, à la charge d'en remettre les revenus aux gens de mainmorte, ou à la charge de les vendre, et de leur en remettre le prix, sont pareillement déclarés nuls (*V.* ledit art. 17).

Par la même raison, les legs d'une somme d'argent faits aux gens de main morte, ne sont payables que sur les biens de la succession qui sont de l'espèce de ceux dont ces gens sont capables, et ne sont valables que jusqu'à concurrence de ce qu'il y a de biens de cette espèce dans la succession pour les acquitter.

147. Les legs universels, faits aux gens de mainmorte, ne comprennent pareillement que ceux des biens de cette succession, dont ces gens sont capables, et non les héritages et rentes de la succession dont ils sont incapables.

Les legs de ces sortes de biens, faits aux gens de mainmorte par des testaments qui ont une date authentique avant l'édit, sont-ils valables lorsque le testateur est mort depuis l'édit ?—Les raisons pour la négative sont que les testaments n'ont aucun effet que du jour de la mort du testateur ; ce n'est que de ce jour que les légataires acquièrent un droit aux choses qui leur sont léguées, les gens de mainmorte se trouvant incapables dans ce temps d'acquérir lesdites choses, le legs qui leur en a été fait ne peut avoir d'effet. Ajoutez que

les dispositions testamentaires sont la dernière volonté du testateur ; elles ne sont valables qu'autant qu'elles sont censées avoir été sa volonté au dernier instant de sa vie, ou du moins au dernier instant qu'il a été capable de volonté ; or, dans ce dernier instant, il ne pouvait plus vouloir ce qui était pour lors défendu par la loi.—On dit au contraire que l'ordonnance, art. 28, dit : " N'entendons rien innover en ce qui " concerne les dispositions ou actes faits en faveur des gens " de mainmorte, lorsque lesdites dispositions auront une date " authentique avant la publication des présentes, ou auront " été faites par des personnes décédées depuis." Mais la réponse est que les actes et dispositions qui auront une date authentique avant l'édit, et dont l'édit parle, sont les actes et dispositions entre-vifs, parce que ces actes ont un effet du jour qu'il est certain qu'ils ont été passés, et qu'il faut rapporter aux testaments ce qui est ajouté, *ou par des personnes décédées depuis.*

Nonobstant ces raisons, l'Hôtel-Dieu d'Orléans a obtenu par arrêt la délivrance du legs universel fait à cet hôpital par le sieur Barré, mort depuis l'édit, parce que son testament avait une date authentique avant l'édit, et la Cour avait déjà auparavant jugé la même chose en pareille espèce au profit d'un autre hôpital.

---

837. Les mineurs, les interdits, les insensés, quoiqu'incapables de tester, peuvent recevoir par testament.	837. Minors and interdicted or insane persons, though incapable of bequeathing, may receive by will.

Voy. *Ricard*, cité sur art. 761.

[ARTICLE 837.]

* 2 *Bourjon, Des Test., tit.* 10, *ch.* 2, *s.* 1, *No.* 2. } 2. Les incapacités de recevoir par donations sont expliquées dans le titre des Donations ; les incapacités de recevoir par testaments sont presque les mêmes ; il faut donc ici appliquer ce qu'on a dit au sujet des donations, et on ne reprendra les titres des incapables de recevoir par testament, que pour indiquer le renvoi auquel il faut avoir recours ; mais le mort civilement, quoiqu'incapable en général, est cependant capable d'un legs d'alimens ; en effet, il suffit de vivre pour être capable de profiter d'une telle disposition.

Si in metallum damnato quid extra causam alimentorum relictum fuerit, pro non scripto. est L. 3, ff. *de his quæ pro non scripto.* Voyez M. Ricard, des Donations, part. 1, ch. 3, sect. 3, n° 336, pag. 73 et 74. M. le Maître, tit. 14, pag. 435, et tel est sur ce l'usage du Châtelet.

---

* 8 *Pothier, Don. Test., Nos.* 141 *et s.* } 141. Les personnes qui sont incapables de tester, ne sont pas pour cela incapables de recevoir les dispositions testamentaires qui pourraient être faites à leur profit ; on peut en faire au profit des impubères, des fous, des interdits, des sourds et muets, quoique ces personnes soient incapables de tester.

142. Il y a quatre espèces d'incapacités de recevoir par testament : une *absolue*, une *relative à certaines choses*, une *relative à la personne du testateur ;* enfin, il y a une incapacité de recevoir des legs, *relative à la qualité qu'a le légataire d'hériter de celui qui lui a fait le legs.*

Observez en général, à l'égard de tous les incapables, que ce qu'on ne peut leur léguer directement, on ne le peut non plus par personnes interposées en léguant à une personne qu'on chargerait secrètement de restituer à la personne incapable.

143. La preuve de cette interposition de personnes, peut être admise par témoins ; ainsi qu'il a été jugé par arrêt du 9 février 1661, rapporté par Soefve, tom. 2, centurie 2, N° 33. A défaut de preuve, on peut déférer le serment au légataire

qu'on soupçonne être personne interposée, *si c'est pour lui qu'il entend accepter le legs.*

144. Les personnes qui sont privées de l'état civil, ont une incapacité absolue de recevoir par testament, puisqu'elles sont regardées comme n'étant point.

C'est pourquoi,—1° Les religieux sont incapables de recevoir aucune disposition testamentaire.

On permet néanmoins les legs de pension viagère, faits à un religieux ou à une religieuse pour ses aliments, mais elle ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour les aliments, et si elle excédait, elle serait réductible. On peut tirer argument pour la somme à laquelle peuvent monter ces pensions, de ce qui a été réglé par la déclaration du 28 avril 1693, pour les pensions que les communautés religieuses établies depuis 1600 peuvent exiger pour la dot de celles qui font profession, lesquelles sont réglées par cette loi à 400 livres pour Paris, et à 350 livres pour les autres villes.

On peut très certainement en conclure qu'une pension léguée à un religieux ou à une religieuse ne peut excéder ces sommes, et même elles peuvent être réduites à moins, suivant que les couvents sont riches ou pauvres, ou que la succession du testateur est plus ou moins opulente.

Observez, à l'égard de ces legs de pensions faits à des religieux, que ce n'est point à ce religieux, mais au couvent où est ce religieux que le droit qui résulte de ce legs est acquis ; car ce religieux, par son état de religieux, ne peut rien avoir en propre ; c'est pourquoi ce n'est point le religieux, mais le couvent qui en fera la demande en justice ; c'est au couvent à qui la délivrance en doit être faite ; ce n'est point au religieux, mais au supérieur, ou autre préposé pour recevoir les revenus du couvent, que les arrérages de cette pension doivent être payés.

Si cependant ce religieux avait un bénéfice hors du cloître, comme en ce cas le religieux peut avoir un pécule, et qu'il est autorisé à faire les demandes en justice pour raison de ce qui dépend de son pécule, il pourra par lui-même faire la de-

mande du legs de pension viagère qui lui avait été fait, et en recevoir les arrérages, cette pension viagère faisant partie de son pécule.

2° Les condamnés à une peine capitale étant par cette condamnation privés de l'état civil, deviennent par conséquent incapables de recevoir aucune disposition testamentaire.

3° Les communautés, corps, confréries, etc., qui ne sont point autorisés dans le royaume, n'ont aucun état civil, aucune existence civile, et par conséquent sont incapables d'aucunes dispositions testamentaires.

Il n'y a de corps autorisés que ceux qui sont établis ou confirmés par des lettres patentes du roi, enregistrées au parlement dans le ressort duquel ils sont établis.

Si un corps à qui le testateur a fait un legs, n'avait point, lors du testament, de lettres patentes, mais que, lors du décès du testateur, il se trouvât érigé par lettres patentes, le legs serait-il valable ? La règle de Caton semble y résister ; *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit.*

Les couvents des Capucins, Récollets et d'autres instituts semblables, quoique autorisés par lettres patentes sont, par la profession particulière de pauvreté qu'ils font, incapables de legs.

On admet néanmoins les legs de sommes modiques, qui leur sont faits pour prier Dieu, même ceux de sommes assez considérables, lorsqu'ils sont faits pour la reconstruction ou augmentation de leur monastère.

4° Enfin les étrangers, quoique domiciliés en France, lorsqu'ils ne sont point naturalisés, ont une incapacité absolue de recueillir aucune disposition testamentaire ; car les droits de recevoir par testament, comme de faire un testament, sont des droits accordés par la loi civile, et qui ne peuvent appartenir qu'aux seuls citoyens.

---

* 10 *Guyot, Vo. Légataire,* p. 45. } 4º Ceux qui ne sont ni nés ni conçus au temps de la mort du testateur, peuvent-ils recueillir les legs qu'il leur a faits? L'affirmative souffrait d'autant moins de difficulté avant l'ordonnance de 1735, que les institutions mêmes étaient regardées comme valables en pareil cas. Aussi trouvons-nous dans le journal des audiences un arrêt du 20 mars 1643, qui a fait délivrance d'un legs à un enfant dont la naissance était postérieure de treize mois au décès du testateur. Brillon et Denisart en rapportent un autre du 11 août 1724, qui a jugé solennellement la même chose, sur les conclusions de M. Gilbert de Voisins.

Mais l'ordonnance de 1735 n'a-t-elle point dérogé à cette jurisprudence, en déclarant, art. 49, " que l'institution d'héri-" tier faite par testament ne pourra valoir en aucun cas, si " celui ou ceux au profit de qui elle aura été faite, n'étaient " ni nés ni conçus lors du décès du testateur" ? Il faut répondre que non ! cette loi ne parle que de l'institution d'héritier ; on ne peut donc pas l'étendre aux legs, parce que toute ordonnance qui abroge, corrige ou modifie le droit ancien, doit être resserrée dans ses termes précis. Il y a d'ailleurs sur ce point une raison de différence entre l'institution et le legs : l'institution ne peut point être suspendue, au moins par une disposition qui n'est pas conditionnelle ; il faut qu'elle ait son effet aussitôt que la succession est ouverte, et comme cela ne peut pas arriver lorsque l'institué n'existe pas encore, il a paru convenable au législateur de la déclarer nulle en ce cas. Les legs au contraire peuvent être suspendus pendant un certain temps : on peut même en limiter la durée, et, comme disent les interprètes, *legari potest ad tempus et ex tempore* : ainsi rien n'empêche qu'ils ne puissent comprendre des personnes à naître, et qu'ils ne doivent recevoir une entière exécution lorsque les Légataires sont nés.

Denisart trouve cependant cette opinion " *très extraordinaire*, " parce que, dit-il, la première condition pour être légataire " est sans doute d'exister, puisqu'il faut avoir non seulement

[ARTICLE 838.]

" l'existence naturelle, mais même l'existence civile, et qu'il " est impossible de concevoir une propriété actuelle résidente " sur la tête d'un individu qui n'existe point encore, et qui " peut-être n'existera jamais ". Mais ce procureur, qui aurait dû se borner à compiler des arrêts sans se mêler d'en faire la critique, ne connaissait pas la loi 51 D. *de legatis* 2°, qui permet de léguer à un incapable pour le temps où il sera capable ; ce qui emporte certainement la faculté de léguer à un enfant à naître, pour le temps où il sera né. Voici les paroles de ce texte : *Si ita quis testamento suo cavisset*, illi quantùm plurimùm per legem accipere potest, *utique tunc cùm quando capere potuerit*, *videtur ei relictum.*

---

838. La capacité de recevoir par testament se considère au temps du décès du testateur ; dans les legs dont l'effet demeure suspendu après ce décès soit par suite d'une condition, soit dans les cas de legs à des enfants à naître et de substitution, cette capacité se considère au temps où le droit est ouvert.

Il n'est pas nécessaire que la personne avantagée par testament existe lorsque cet acte est fait, ni qu'elle y soit désignée et identifiée d'une manière absolue. Il suffit qu'elle existe au décès du testateur ou qu'elle soit alors

838. The capacity to receive by will is considered relatively to the time of the death of the testator ; in legacies the effect of which remain suspended after the death of the testator, whether in consequence of a condition, or in the case of a legacy to children not yet born, or of a substitution, this capacity is considered relatively to the time at which the right comes into effect.

Persons benefited by a will need not be in existence at the time of such will, nor be absolutely described or identified therein. It is sufficient that at the time of the death of

conçue et naisse ensuite viable, et qu'elle soit clairement reconnue à cette époque pour celle qui était dans l'intention du testateur. Même dans les legs qui demeurent suspendus, tel qu'il est mentionné précédemment au présent article, il suffit que le légataire existe ou soit conçu, avec la condition qu'il naîtra viable, et qu'il se trouve être la personne indiquée, au temps où le legs prend effet en sa faveur.

the testator they be in existence, or that they be then conceived and subsequently born viable, and be clearly known to be the persons intended by the testator. Even in the case of suspended legacies, already referred to in this article, it suffices that the legatee be alive, or conceived, subject to the condition of being afterwards born viable, and that he prove to be the person indicated, at the time the legacy takes effect in his favor.

Voy. *Guyot*, cité sur art. 837.

---

* 2 *Bourjon*, *Test.*, *Tit.* 10, *ch.* 2, *s.* 1, *No.* 4. } 4. La capacité du légataire au temps de l'échéance du legs, est suffisante ; et lorsque la disposition est conditionnelle, je crois qu'il en doit être de même, la condition ayant un effet encore plus suspensif que le délai que le testateur a ajouté au payement du legs.

M. Ricard, des Donations, part. 1, ch. 3, sect. 18, nº 829, pag. 182. M. le Maître, tit. 14, pag. 435, la requiert encore au temps du testament ; mais c'est ajouter à sa disposition, et la changer.

---

1 *Ricard*, *Don.*, *part.* 1*ère*, *ch.* 3, *sec.* 18, *No.* 830. } 830. La personne d'un légataire n'est considérable pour la perfection d'un testament, que lors de l'échéance du legs, qui ne doit conséquemment demeurer caduc, que lorsqu'en ce temps la personne à laquelle il est destiné ne se trouve point capable de le recevoir ; la prévoyance du testateur n'ayant lieu que pour l'avenir, et pour le temps auquel il a voulu que sa volonté eût effet, qui est celui de sa mort, ou de la condition qu'il a marquée : de sorte que quand le légataire serait incapable au temps que le testament a été fait, on doit présumer que le testateur a prévû, que le légataire pouvait acquérir sa capacité dans le temps qui devait s'écouler jusques à l'exécution du testament ; tous ses soins et sa volonté dans cet ouvrage n'étant attachés qu'à la considération du temps futur, et non pas de celui auquel il agit. Ainsi ne voulant donner qu'après sa mort, et non pas au temps auquel il fait son testament, le legs, à proprement parler, n'a son commencement, ou du moins sa perfection à l'égard du légataire, que quand il a son effet : *Non enim videntur data quæ eo tempore quo dantur accipientis non fiunt*, *l. non videntur* 127. *ff. de regul. jur.*

---

* 2 *Ricard*, *Don.*, *p.* 102. } 12. La remarque la plus importante de toute cette matière, consiste en ce que la condition suspende l'effet de la donation. Le légataire jusques à son échéance et à son accomplissement, n'a qu'une espérance à la chose, et la véritable propriété réside en la personne de l'héritier. *Sub conditione servus legatus*, *pendente conditione*, *pleno jure hæredis est*, *l. generaliter* 29. *D. qui et à quib. manum. l. hæres meus* 79, *et toto tit. D. de condit. et dem.* c'est ce que nous appelons *jus ad rem*, et non pas *in re ;* un droit en herbe, s'il faut ainsi dire, un bouton qui peut produire un fruit, ou s'évanouir entièrement, qui ne donne qu'un droit incertain au légataire, qui dépend de l'accomplissement de la condition, et qui laisse à l'héritier un droit acquis et

présent ; de sorte néanmoins que la prétention du légataire lui impose cette charge, de ne pouvoir librement disposer de la chose léguée. C'est ce qu'ajoute cette loi *generaliter*, aux paroles que nous avons rapportées, *sed nullam libertatem ab hærede servus sub conditione legatus consequi potest, ne legatario injuria fieret.*

---

* 10 *Guyot, Vo. Légataire, p. 44 et s.* } On peut léguer à tous ceux qui ne sont déclarés par aucune loi incapables de libéralités testamentaires.

Il y a à cet égard deux sortes d'incapacités, l'une respective, l'autre absolue.

Les incapacités absolues sont à peu près les mêmes pour les légataires que pour les héritiers. Nous allons les parcourir dans le même ordre que nous avons suivi à l'article INSTITUTION D'HÉRITIER.

1° Il est constant que les personnes étrangères et même inconnues au testateur ne doivent pas être mises au nombre des incapables de ses libéralités.

2° Il est également hors de doute que les personnes incapables de léguer ne sont pas pour cela incapables de recevoir des legs.

3° Dans l'ancien droit romain, les posthumes, qui ne devaient pas tomber en naissant sous la puissance du testâteur, étaient regardés comme inhabiles à profiter d'un legs : *Posthumo quoque alieno inutiliter anteà legabatur*, dit Justinien en ses institutes, § 26. Mais ce législateur a corrigé cette jurisprudence : *Sed*, ajoute-t-il, *nec hujusmodi species penitùs est sine justa emendatione relicta.* Il faut voir sur ce point l'article que nous venons de citer.

On trouve dans Boniface un arrêt du parlement de Provence du 4 avril 1686, qui juge valable un legs fait par un père à ses posthumes, quoiqu'ils fussent nés d'une seconde femme.

P. 46.—11° En général, il faut tenir pour constant, que la

mort civile, soit par condamnation, soit par profession religieuse, rend celui qui en est affecté incapable de toute disposition testamentaire ; mais il faut toujours excepter de cette règle les legs d'alimens : deux arrêts des 16 mai 1565 et 14 août 1584, rapportés par Carondas et Montholon, ont déclaré valable un legs d'usufruit fait à un religieux mendiant pour l'entretenir dans ses études. Un autre arrêt du 17 février 1615, rapporté par Auzanet, a jugé qu'un testateur avait pu léguer une pension viagère à un carme.

P. 53.—Il est constant, aux termes du droit romain, que le légataire doit être habile au temps de la confection du testament ou du codicile. En effet, la règle de Caton veut que le legs qui serait nul si le testateur venait à décéder immédiatement après avoir testé ne puisse pas être validé par les événements qui peuvent survenir jusqu'à son trépas. C'est ce que nous apprend la loi 1, D. *de regula Catoniana.* Or, le legs fait à une personne qui serait incapable au temps du testament, n'aurait certainement aucun effet, si le testateur mourait alors ; il est donc impossible qu'il devienne valable par la capacité postérieure du légataire. Cette raison seule prouve qu'il faut considérer le temps du testament, pour savoir si une personne est habile ou incapable de recueillir un legs ; c'est ce que justifie encore la loi 59, § 4, D. *de hæredibus instituendis*, en même temps qu'elle déclare le temps intermédiaire entre le testament et le décès du testateur, tout-à-fait indifférent sur cette matière. Les termes de ce texte sont remarquables : *Si hæres institutus* SCRIBENDI TESTAMENTI TEMPORE *civis romanus fuit, deindè ei aquâ et igni interdictum est, hæres sit, si intrà illud tempus quo testator decessit, redierit : aut si sub conditione hæres institutus est quo tempore conditio existit.* IDEM ET IN LEGATIS.

On ne peut concevoir rien de plus décisif que ces autorités ; cependant il y a des interprètes qui soutiennent qu'il faut seulement considérer si le légataire est capable au temps de la mort du testateur. Ils se fondent sur la loi 3, § 2, D. *de*

jure fisci ; sur la loi 19, D. *de rebus dubiis ;* et sur la loi 24, D. *de legatis præstandis.* Voyons ce que disent ces textes.

Il s'agit dans la loi 3, § 2, D. *de jure fisci*, d'une libéralité faite sous le nom d'une personne capable, avec charge d'un fidéicommis tacite en faveur d'une personne capable : comme le droit romain adjuge au fisc toutes les dispositions frauduleuses de cette espèce, on demande s'il faut en cela considérer le simple projet de fraude ou l'événement ? La loi répond qu'il ne faut faire attention qu'à l'événement ; en sorte que le fisc n'ait rien à prétendre quand celui qui doit recueillir le fidéicommis tacite se trouve capable lors de la mort du testateur. Voici les termes dans lesquels ce texte est conçu. *Quando autem fraus interposita videatur, agendum est : id est, utrùm exitus spectari deberet, an consilium, fortè si tunc cùm tacitè fideicommittebatur, non capiebat is cui restitui jubebatur : mortis vero tempore capere poterat, vel contrà ; et placuit exitum esse spectandum.* Cette loi ne décide pas si le fidéicommis dont elle parle est valable à l'égard des héritiers, elle se borne à dire que le fisc ne peut pas y prétendre : ce cas est donc tout-à-fait particulier, et la solution n'en est fondée que sur la défaveur des confiscations.

La loi 19, D. *de rebus dubiis*, veut seulement que l'on considère le temps de la mort du testateur, pour savoir quels sont ses parents, et en conséquence quels sont ceux qui doivent prendre part à un legs par lui fait à sa famille. On sent qu'il n'y a aucune analogie entre ce cas et la question de savoir s'il faut être capable au temps du testament, pour recueillir un legs.

La loi 24, D. *de Legatis præstandis*, n'a encore rien de commun avec la capacité des légataires ; l'espèce en est très-simple : lorsque dans le droit romain un testament était détruit par la demande en possession des biens *contra tabulas*, on ne laissait pas de conserver les legs faits aux enfants et aux parents du testateur. Il fut question de savoir si pour jouir de cette faveur il suffisait d'avoir été au nombre des enfants ou des parents lors de l'ouverture de l'hérédité ; et la

loi dont il s'agit prononça pour l'affirmative. En voici les paroles : *Intervenit illa quæstio, quando numero liberorum esse debet is cui Legatum datum est, ut id ferre possit à filio contra tabulas bonorum possessionem accipiente. Et placet sufficere in ea necessitudine tunc esse quando dies Legati cedit.* Ce n'est pas la capacité, mais la qualité d'enfant que l'on considère ici ; et certainement on ne peut pas appliquer à l'une ce qui n'est établi que par rapport à l'autre.

Il faut donc tenir pour constant, que les lois romaines exigent du légataire qu'il soit capable de recevoir par testament lors de la confection de cet acte ; et telle est incontestablement la jurisprudence de tous les pays gouvernés par le droit écrit, et même des pays coutumiers, où ce droit est regardé comme loi subsidiaire. *Si maritus ultrajectinus*, dit Voët, *uxori mobilia contra statutum testamento reliquerit, ac deinceps translato in Hollandium domicilio moriatur, non convalescit Legatum, cùm et hic verum sit uxorem testamenti conditi tempore bonorum mariti mobilium ex lege ultrajectina capacem non fuisse.*

En est-il de même dans les endroits où les lois romaines ne valent que comme raison écrite? Ricard soutient la négative. " Comme nous ne sommes pas, dit-il, attachés à la disposition " du droit par une nécessité absolue, mais seulement en tant " que nous le trouvons juste et raisonnable, il est bien à pro- " pos que nous en laissions la rigueur, pour en prendre " l'équité et la raison, suivant la pensée même des juriscon- " sultes, lesquels si pour abolir, autant qu'il était en leur " pouvoir, la règle de Caton, ont estimé qu'elle ne devait avoir " lieu que pour l'ancien droit, et non pas à l'égard du nou- " veau, combien avons-nous plus de raison de ne la point " admettre du tout dans notre jurisprudence, puisqu'elle est " absolument séparée de la leur, et beaucoup plus que le nou- " veau droit n'était distinct de l'ancien ? Aussi la personne " d'un légataire n'est considérable pour la perfection d'un " testament que lors de l'échéance du legs...... la prévoyance " du testateur n'ayant lieu que pour l'avenir et pour le temps " auquel il a voulu que sa volonté eût effet... de sorte que

" quand le légataire serait incapable au temps que le testa-
" ment a été fait, on doit présumer que le testateur a prévu
" que le légataire pouvait acquérir sa capacité dans le temps
" qui devait s'écouler jusqu'à l'exécution du testament, tous
" ses soins et sa volonté dans cet ouvrage n'étant attachés
" qu'à la considération du temps futur, et non pas de celui
" auquel il agit : et ainsi ne voulant donner qu'après sa mort,
" et non pas au temps auquel il fait son testament, le legs, à
" proprement parler, n'a son commencement, ou du moins la
" perfection à l'égard du légataire, que quand il a son effet.
" *Non enim videntur data quæ eo tempore quo dantur, accipien-*
" *tis non fiunt.* Loi 127, D. *de regulis juris.*"

Bourjon dit pareillement, que " la capacité du légataire au
" temps de l'échéance du legs est suffisante... Tel est, ajoute-
" t-il, l'esprit de la loi, qui n'a voulu priver qu'un incapable,
" et non celui qui a cessé de l'être."

Le Maître sur la coutume de Paris, titre 14, et l'annotateur de Bourjon, soutiennent au contraire que le légataire ne peut recueillir la disposition faite en sa faveur, qu'autant qu'il en a été capable lors du testament. On peut dire pour cette opinion, que les raisons de Ricard, quelque spécieuses qu'elles soient, ne prouvent rien, parce qu'elles prouvent trop : en effet, il en résulterait que le testateur lui-même n'aurait pas besoin d'être habile à tester dans le temps qu'il dispose, et que la capacité dont il se trouverait revêtu en mourant, réparerait le défaut le plus essentiel de ses dispositions. Cependant Ricard et Bourjon conviennent eux-mêmes du principe contraire, et l'annotateur de ce dernier rapporte un arrêt du 31 mars 1678, qui l'a adopté formellement, en déclarant nul un testament passé avant l'âge requis pour faire de pareils actes, quoique le testateur fût décédé après. Il serait donc peu conséquent de ne pas exiger du légataire qu'il fût capable au temps du testament.

Il résulte assez clairement de tout ce que nous venons de dire, que le légataire doit encore être capable lors du décès

du testateur ; et en effet il n'y a pas un auteur français ou étranger qui élève là-dessus le moindre doute.

A l'égard du temps où le légataire accepte la disposition faite en sa faveur, Voët est d'avis qu'il faut aussi le considérer ; sa raison en est, que la capacité de l'héritier est constamment requise en ce temps ; voici comme il développe cette comparaison : *In hærede capacitas requiritur tempore aditionis, ac uti hæres adeundo re ipsâ acquirit universum jus defuncti, ita Legatarius agnitione legatum verè consequitur ; sicut in Legatario eadem agnitionis, quæ in hærede aditionis ratio sit.* Mais un raisonnement bien simple détruit cette opinion : la loi 64, D. *de furtis*, prouve que le légataire acquiert de plein droit à la mort du testateur, la propriété de la chose que ce dernier lui a laissée. On doit donc le considérer à l'égard de son legs, du même œil que l'on considère un héritier *sien* par rapport à une succession. Or un héritier *sien* n'a besoin de l'habilité à succéder que dans deux temps, celui du testament et celui du décès du testateur ; l'époque de son immixtion est tout-à-fait indifférente, parce qu'il est saisi de plein droit de l'hérédité qui lui est déférée. Il faut donc dire par la même raison, que l'incapacité survenue au légataire dans l'intervalle de la mort du testateur au temps de son acceptation, ne doit pas l'empêcher de recueillir son legs, et que l'habilité n'est requise à son égard que lors du testament et du décès de son bienfaiteur.

Il y a même plusieurs cas où l'incapacité, dans ces deux derniers temps, ne forme aucun obstacle au légataire.

Le premier est lorsque le legs est conditionnel : il suffit en ce cas que le légataire soit capable à l'échéance de la condition : c'est ce qui résulte évidemment de la permission que donnent la loi 62, D. *de hæredibus instituendis*, et la loi 51, D. *de legatis* 2°, de faire des institutions et des legs pour être recueillis quand l'héritier ou le légataire seront capables. Il y a cependant des auteurs qui regardent cette opinion comme une erreur : ils se fondent sur la loi 59, § 4, D. *de hæredibus instituendis :* mais si ce texte parle de la capacité au temps du

testament, ce n'est que par rapport aux dispositions pures ; à l'égard des institutions et des legs conditionnels, il n'exige pas que l'héritier ou le légataire soient habiles à d'autres époques qu'à celle de l'échéance de la condition. Il suffit, pour s'en convaincre, de bien peser les termes de cette loi ; nous les avons rapportés au commencement de ce paragraphe. Ce qui prouve d'ailleurs que les légataires conditionnels sont affranchis de la nécessité d'être capables au temps du testament, c'est que la règle de Caton, sur laquelle seule est fondée cette nécessité, n'a pas lieu dans les dispositions conditionnelles. La loi 41, § 2, D. *de legatis* 1°, le porte expressément ; en voici les paroles : *Purum legatum Catoniana regula impedit, conditionale non ; quia ad conditionalia legata Catoniana non pertinere.* Nous avons cité plusieurs autres textes semblables, au mot Institution d'héritier. On ne peut donner une meilleure raison de cette jurisprudence, qu'en appliquant ici ce que dit Ricard dans le dernier passage que nous en avons rapporté.

Le second cas est lorsque le legs n'échoit point à la mort du testateur, mais seulement à l'adition de l'hérédité. La loi 3, D. *de regula Catoniana*, en contient une disposition bien précise : *Regula Catoniana non pertinet ad ea legata quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hæreditatem.* On verra au mot Legs quelles sont les dispositions dont le droit romain recule l'échéance jusqu'au temps de l'acceptation de l'hérédité.

Le troisième cas est pour les legs annuels : ils ont cela de remarquable, qu'ils sont dus purement la première année, et conditionnellement les années suivantes. La loi 4, D. *de annuis legatis*, explique très-bien cette particularité : *Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cujus sententia vera est, plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale. Videri enim hanc inesse conditionem, si vivat : et ideo mortuo eo, ad hæredem legatum non transire.* Il faut donc pour recueillir le legs de la première année, que le légataire soit capable au temps du testament et à celui de la mort du testa-

teur ; mais pour jouir des années suivantes, il suffit qu'il soit capable à chaque échéance ; et si sa capacité éprouve des vicissitudes, le legs s'éteindra et renaîtra avec elle. La loi 11 du titre que l'on vient de citer, le décide ainsi en peu de mots : *Cùm in annos singulos legatur, plura legata esse placet, et per singula legata jus capiendi inspicitur.*

Cette décision n'aurait cependant pas lieu si le legs annuel était laissé à titre d'aliments ; l'incapacité qui surviendrait au légataire ne devrait pas suspendre la perception d'un pareil legs. C'est ce qui résulte de la maxime établie ci-dessus, qu'on peut laisser des aliments à une personne incapable des effets civils, comme on l'a vu plus haut.

---

839. Les présomptions légales de suggestion et de défaut de volonté dans les dispositions testamentaires, à cause seulement des relations de prêtre ou ministre, médecin, avocat ou procureur, qui existent chez le légataire à l'égard du testateur ont disparu par l'introduction de la liberté absolue de tester. Les présomptions dans ces cas ne s'établissent que comme dans tous autres.

839. As regards testamentary dispositions, the legal presumptions of undue influence and want of will, arising from the relation of priest or minister, physician, advocate or attorney, in which the legatee stands towards the testator, have been destroyed by the introduction of the absolute freedom of disposing of property by will. Presumptions in these cases are to be established as in all others.

---

* *St. Ref. B. C., ch.* 34, *s.* 1. } L'âge de majorité, dans le Bas-Canada, pour toute fin que ce soit, sera l'âge de vingt-et-un ans, calculé du jour de la naissance. 22 l. 3, ch. 1, s. 1.

SECTION II.

DE LA FORME DES TESTAMENTS.

840. Les dispositions à cause de mort soit de tous biens soit de partie des biens, faites en forme légale par testament ou codicile, et soit en termes d'institution d'héritier, de don, ou de legs, soit en d'autres termes propres à exprimer la volonté du testateur, ont leur effet suivant les règles ci-après établies, comme legs universel ou à titre universel ou comme legs particulier.

SECTION II.

OF THE FORM OF WILLS.

840. Dispositions in contemplation of death made of a person's whole property, or of part thereof, in legal form by will or codicil, and whether they are expressed in the terms of an appointment of heir, of a gift, of a legacy, or in other terms indicating the intentions of the testator, take effect according to the rules hereinafter laid down, as universal legacies, legacies by general title, or as particular legacies.

Voy. autorités sur art. 863.

---

841. Un testament ne peut être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle.

841. Two or more persons cannot make a will by one and the same act, whether in favor of third persons or in favor of one another.

[ARTICLE 841.]

* *Ord. des Testaments, art.* 77 (*Louis XV*, 1735.) } 77. Abrogeons pareillement l'usage des testaments ou codicilles mutuels, ou faits conjointement, soit par mari et femme ou par d'autres personnes. Voulons qu'à l'avenir ils soient regardés comme nuls et de nul effet, dans tous les pays de notre domination ; sans préjudice néanmoins de l'exécution des actes de partage entre enfants et descendants, suivant ce qui a été réglé ci-dessus, et pareillement sans rien innover en ce qui concerne les donations mutuelles à cause de mort, jusqu'à ce qu'il y ait été par nous pourvu, suivant la réserve portée par l'article XLVI de notre ordonnance du mois de février 1731.

---

* 17 *Guyot, Testam.*, *p.* 135. } Avant l'ordonnance de 1735, une jurisprudence presque générale dans tous les parlements du royaume admettait les Testaments mutuels et conjonctifs, surtout entre maris et femmes. Mais ils étaient rejetés au parlement de Grenoble, et c'est en adoptant les maximes de cette cour, que l'article 77 de l'ordonnance de 1735 en a abrogé et proscrit l'usage dans toute l'étendue de la domination du roi.

---

* 2 *Bourjon, Test.*, 2*e partie*, *sec.* 2, *No.* 56. } 56. Les testaments et codicilles mutuels, ou faits conjointement, soit par mari et femme, soit par d'autres, sont abrogés par la dernière Ordonnance, et nuls et de nul effet ; ils faisaient naître beaucoup de contestations, et étaient presqu'incapables de produire de salutaires effets.

---

* 1 *Ricard*, 1*ère part.*, *ch.* 5, *s.* 5, *No.* 1493 (*Contrà*). } 1493. Deux personnes peuvent faire ensemble un testament mutuel, par une autre voye que celle qui est proposée, en faisant deux exemplaires du testament signés des deux ; mais l'un écrit par le mary, et l'autre par la femme ; moyennant

quoy il n'y a point de difficulté qu'ils auront satisfait à la Coutume, et que le testament ne pourra être contesté en la forme.

Cette question de savoir si le testament mutuel signé des deux, mais écrit de l'un des testateurs seulement, doit être exécuté comme testament holographe, a été agitée en l'Audience de la Grand'Chambre, du Lundy premier Avril 1658, au sujet d'un testament de cette qualité, fait par le sieur Hilerin, Trésorier de France à Poitiers, et sa femme, qui était soutenu par M. Hilerin, Conseiller en la Cour son fils, contre ses deux sœurs, qui le débattaient de nullité. M. l'Avocat Général Talon, qui parla en la cause, conclud à ce qu'en infirmant la Sentence de Messieurs de Requêtes du Palais, qui avait ordonné l'exécution du testament, il fut sans y avoir égard, procédé au partage des successions également entre les parties et néanmoins la cause demeura appointée ; mais j'ay appris, qu'il est depuis intervenu Arrêt définitif, conforme aux conclusions ; et de fait, la même question s'étant encore présentée en cette année 1667, aux Requêtes du Palais, Sentence est intervenue en l'Audience contre le testament.

Monsieur Poulain Avocat, m'a dit en consultation, qu'en l'année 1668, le testament holographe fait par le sieur Rinsant, Docteur en Médecine, de la Faculté de Paris, et la Damoiselle sa femme, qui contenait une substitution à l'égard de la portion héréditaire de l'un de leurs enfants, a été déclaré nul par Sentence des Requêtes du Palais, confirmée ensuite par Arrêt, le testament n'étant écrit que de la main de l'un et signé de deux. *Voyez* le Journal des Audiences, *tome* 2, *livre* 1, *chapitre* 34, où les difficultés contre le testament de M. Hilerin sont plus amplement expliquées.

Pour ce qui est de savoir si le testament mutuel, écrit de la main de l'un des deux seulement, doit valoir du moins à l'égard de celuy qui l'a écrit ? Je croy qu'il y a lieu de résoudre premièrement, que les dispositions réciproques que les testateurs se sont faites au profit l'un de l'autre, demeurent absolument inutiles dans les Coutumes, même dans

celles qui leur permettent de se donner purement et simplement ; parce que leur pensée ayant été de faire une disposition mutuelle, et non pas pure et simple, elle ne peut pas valoir contre leur volonté ; et pour avoir effet en faveur de l'un, le cas échéant, il faut qu'elle eût pû aussi être exécutée au profit de l'autre, si le cas qui le regardait fut arrivé ; la nature des dispositions mutuelles et réciproques étant que, pour pouvoir subsister, elles soient bonnes de part et d'autre, attendu que chaque acte doit être parfait dans son genre. Que si les legs contenus en ce testament sont au profit d'autres que des testateurs, il faut pour lors distinguer, en disant que s'ils ont disposé séparément, et que les legs qu'ils ont faits, n'ayent aucun rapport ni liaison les uns aux autres, de sorte que ce soit plutôt un testament de deux, que mutuel, rien n'empêche qu'il ne soit exécuté pour les legs faits par celuy qui l'a écrit, quoyque ceux faits par l'autre demeurent inutiles, parce que le testament se trouve accomply à l'égard du premier, et que ses dispositions ne sont pas dépendantes des autres ; mais quand les testateurs ont disposé de concert, et que les personnes entre lesquelles ils ont partagé leurs biens les regardent également, comme quand un père et une mère ont fait un testament mutuel entre leurs enfants, et que le père, par exemple, a donné ses biens à l'aîné, en considération de ce que la mère avait divisé les siens entre les puînés, si les dispositions faites par la mère ne subsistent point, celles du père ne peuvent pas aussi avoir d'effet ; d'autant qu'il paraît qu'ils ont disposé dans un même esprit, et que les dispositions de l'un ont pour fondement celles de l'autre : de sorte que le testament ne compose qu'un même corps, qui ne peut pas être divisé, sans en ruiner toute l'économie, et détruire également les volontés des testateurs, qui n'ont eu intention de tester que mutuellement, et en commun.

Néanmoins, par Arrêt du 11 janvier 1672, donné au Parlement de Bordeaux, rapporté dans le Journal du Palais, les Lettres obtenues par une veuve, pour être restituée contre un testament mutuel qu'elle avait fait avec son défunt mary, en

faveur de leurs enfants pendant sa minorité, ont été entérinées ; permis à elle de tester de telle manière qu'elle souhaiterait, nonobstant quelques actes approbatifs qu'elle avait fait étant mineure : mais elle avait protesté qu'ils ne luy pourraient préjudicier, en cas qu'elle voulût révoquer le testament dans le temps.

---

* 33 *Merlin, Rép. Vo. Testam, s.* 1, § 1, *art.* 1, *p.* 325. } Art. I. *Tout homme qui veut faire un Testament, doit le faire séparément, et non pas conjointement avec une autre personne.*

I. Avant l'ordonnance de 1735, une jurisprudence presque générale dans tous les parlemens de France admettait les Testamens mutuels et conjonctifs, surtout entre mari et femme ; mais, comme l'atteste Expilly, chap. 173, ils étaient rejetés au parlement de Grenoble, et c'est en adoptant les maximes de cette cour, que l'art. 77 de l'ordonnance de 1735 en a abrogé et proscrit l'usage dans toute l'étendue du territoire français.

Cet article interdit non seulement les dispositions *mutuelles*, mais encore celles qui sont *faites conjointement.*

Ainsi, pour qu'un Testament fait par deux personnes soit nul, il n'est pas nécessaire qu'il ait pour objet leur avantage réciproque.

Il est vrai que le contraire a été jugé par un arrêt du parlement de Paris, du 21 mai 1743, confirmatif d'une sentence du bailliage de Rhétel-Mazarin, qui avait déclaré valable le Testament de Jean et Marie Roy, frère et sœur, contenant institution universelle en faveur de leur nièce. Mais cet arrêt était trop visiblement contraire au texte même de la loi, pour faire jurisprudence. " Aussi, (dit Rousseaud de " Lacombe), par un autre arrêt du 25 mai 1746, au rapport " de M. Bochard, un Testament fait conjointement entre " Marie-Madelène et Sylvine Jugault, a été déclaré nul : il " paraissait que ce Testament était mutuel et réciproque, " puisque les testatrices avaient déclaré qu'elles entendaient

" que leur Testament n'eût son effet qu'après la mort de la " survivante d'elles deux; mais la cour s'est déterminée par " le texte de l'art. 77, qui annulle les Testamens mutuels et " ceux qui sont faits conjointement. Ainsi, il paraît que " l'arrêt de 1743, qui avait été produit, n'a pas été suivi."

II. L'abrogation que prononce l'art. 77, de l'ord. des Testamens dont il s'agit, a fait en 1781 la matière d'un procès qui a été jugé au parlement de Flandre. Voici le fait :

La ville de Revin, régie par la coutume de Liège, a passé sous la domination française le 16 novembre 1769, en vertu de l'art. 16 du traité des limites, conclu le 16 mai précédent, entre le roi et l'impératrice-reine de Hongrie.

Le procès-verbal de la prise de possession de cette ville par l'intendant de Valenciennes, maintient, au nom du roi, les habitants dans leurs coutumes et usages, et cependant leur enjoint de se conformer dorénavant aux lois du royaume.

Environ neuf mois après, le 2 juillet 1770, le sieur Bechefer et sa femme ont fait un Testament conjonctif, par lequel ils se sont légué réciproquement tous les biens que le premier mourant laisserait, à son décès, la légitime réservée à leurs enfans. Ces sortes de dispositions sont autorisées par la coutume de Liége. La dame Bechefer est décédée, laissant une fille mariée au sieur Regnard.

Celui-ci a demandé la nullité du Testament conjonctif, 1. parce que cette forme de disposer est proscrite par l'ordonnance de 1735 ; 2. parce que la dame Bechefer avait révoqué le Testament conjonctif par un Testament postérieur.

Le sieur Bechefer a soutenu que l'ordonnance de 1735 ne pouvait faire loi à Revin, puisque jamais elle n'y avait été publiée ; que d'ailleurs la dame Bechefer n'avait pu, aux termes de la coutume de Liége, tester sans le secours de l'autorisation maritale ; qu'ainsi, son deuxième Testament était nul, et ne pouvait révoquer le Testament conjonctif.

Le sieur Regnard répliquait :

1. Que ce n'était point par une cession, ni par droit de conquête, que Revin avait passé sous la domination du roi en

1769, mais par un traité de limites, c'est à-dire, par un simple bornage ; acte qui n'est que déclaratif des propriétés respectives sur lesquelles il porte ;

2. Qu'en tout cas, il est de maxime que *quidquid accrescit regno, fit pars regni, et ejus jure regitur ;*

3. Que l'injonction faite aux habitants de Revin, par le procès-verbal de prise de possession, de se conformer à l'avenir aux lois du royaume, avait été pour eux un avertissement bien clair de rédiger leurs dernières dispositions dans la forme prescrite par l'ordonnance de 1735 ;

4. Que le défaut d'enregistrement d'un édit dans une justice seigneuriale ne pouvait, en aucun cas, servir de prétexte pour en dispenser les habitans de cette justice ;

5. Enfin, que la révocation faite par la dame Bechefer, du Testament conjonctif, devait, à tout événement, empêcher l'effet de cet acte ; qu'à la vérité, la dame Bechefer n'avait point été autorisée pour faire cette révocation, mais que les auteurs les plus accrédités n'exigeaient point d'autorisation, soit par rapport au fils de famille, soit relativement à la femme mariée, lorsqu'il s'agissait de révoquer une disposition de dernière volonté.

Le 25 juillet 1781, sentence par laquelle les officiers de la justice de Revin déclarent le Testament conjonctif du 10 juillet 1770, nul et de nul effet.

Appel de la part du sieur Bechefer, et arrêt du 22 décembre 1781, au rapport de M. de Buissy, à la seconde chambre, qui confirme la sentence, avec amende et dépens.

---

* *C. N.* 968. } Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque ou mutuelle.

[ARTICLE 842.]

842. Le testament peut être fait :

1. Suivant la forme notariée ou authentique ;

2. Suivant les formes requises pour le testament olographe ;

3. Par écrit et devant témoins, d'après le mode dérivé de la loi d'Angleterre.

842. Wills may be made :

1. In notarial or authentic form ;

2. In the form required for holograph wills ;

3. In writing and in presence of witnesses, in the form derived from the laws of England.

---

* *S. R. B. C., ch. 34, s. 3.* } 3. La méthode suivie lors de la passation de l'acte 41 G. 3, c. 4, pour prouver devant un ou plusieurs juges des cours de juridiction civile dans le Bas-Canada, les testaments et actes de dernière volonté faits et passés suivant les formalités prescrites par les lois d'Angleterre, aura le même effet, que si la preuve était faite devant une cour de vérification (*probate*). 41 G. 3, c. 4, s. 2.

---

* *St Imp. du Can. Geo.* 3, *ch.* 3, *s.* 10. } Pourvu aussi, qu'il sera et pourra être loisible à toute et chaque personne, propriétaire de tous immeubles, meubles ou intérêts dans la dite province, qui aura le droit d'aliéner les dits immeubles, meubles ou intérêts, pendant sa vie, par vente, donation, ou autrement, de les tester et léguer à sa mort par testament et acte de dernière volonté, nonobstant toutes lois, usages et coutumes à ce contraire, qui ont prévalu, ou qui prévalent présentement en la dite province, soit que tel testament soit dressé suivant les lois du Canada, en suivant les formes prescrites par les lois d'Angleterre.

---

* 1 *Ricard, Don., 1ère part., ch.* 5, *sec.* 5, *Nos.* 1482-3-4. } 1482. Après la connaissance de ce qui s'est passé parmi les Romains, touchant les formes et les solemnitez de leurs testamens, il est bien juste que nous descendions à la discussion des nôtres, puisque c'est le principal dessein de ce Traité. Pour en concevoir une idée générale, n'est besoin de remarquer, qu'entre tous les actes testamentaires qui ont été reconnus par le Droit Civil, il n'y en a pas qui reviennent plus aux nôtres que leurs Codicilles. Et de fait, la plupart de nos Coutumes commençent la matière des testamens ou des successions par la proposition de cette maxime, que l'*institution d'héritier n'a point de lieu*, c'est-à-dire, qu'elle n'est point nécessaire. Ce qui passe pour constant, et pour règle générale dans tout le pays Coutumier ; de sorte que toutes les dispositions qui sont faites par nos testamens, en tels termes qu'elles soient conçues, ne peuvent avoir force que de legs et de fideicommis, qui doivent être pris de la main de l'héritier. C'est pourquoi nos testamens et nos codicilles ne diffèrent en rien les uns des autres ; ce que quelques-unes de nos Coutumes ont expressément déclaré : comme Sens, *art.* 81. Chaumont en Bassigny, *art.* 86. Bourbonnais, *art.* 290, et Bar, *art.* 94. Tellement que nous ne distinguons le testament d'avec le codicille, qu'en ce que celui-ci a son rapport au premier demeurant révoqué par le dernier.

1483. Quant aux formes, en laissant à part le pays de Droit écrit, auquel on pratique la disposition du Droit Civil, aux termes de ce que nous avons établi dans les Sections précédentes, nous suivons en ce pays Coutumier, les formes prescrites par le Droit Canon, pour les Coutumes qui n'en ont point de particulière, conformément à ce que nous avons expliqué au commencement de ce chapitre. Et à l'égard des autres qui en disposent, comme font presque toutes, depuis leur dernière rédaction, nous pratiquons exactement ce qu'elles établissent.

Il se vérifie par un ancien testament de Philippe de Saint Père, Trésorier de France, du 9 novembre 1390, passé à Paris pardevant Nicolas Ferreboust, et Vincent Chaon, Notaires au

Châtelet, que les testamens n'avaient pas d'autre forme que les contrats ; et ainsi que les termes *dicté et nommé, lû et relû*, sont d'une institution plus moderne. Ricard.]

La forme la plus considérable des testamens que nos Coutumes ayent reconnu, est celle que nous appelons holographe, qui est quand un testament se trouve tout écrit et signé de la main du testateur, sans qu'il soit besoin de témoins, ni d'autres solennités.

1484. Les Empereurs Théodose et Valentinien, pour favoriser le testament d'une nommée Pelagia, avaient voulu introduire cette espèce de testament dans le Droit Romain, par la Novelle 4, *de testamentis*, en ces termes : *ut quisquis per holographam scripturam supremum maluerit ordinare judicium, habeat liberam facultatem : etsi holographa manu testamenta condantur, testes non sunt necessarii.* Mais nous voyons par ce qui se passa depuis, que cette nouvelle Constitution ne fut pas observée, et que Justinien n'en fit aucune mention dans la rédaction du Code ; et au contraire, qu'il y dérogea suffisamment par les solennités des testamens qu'il admit.

---

* 17 *Guyot, Vo. Test., p.* 141. } Les Testaments, considérés par rapport à la forme, sont ou solennels ou olographes.

Les premiers sont ceux qu'on passe devant un officier public.

Les seconds sont ceux qu'on fait sous seing-privé.

---

* *C. N.* 969. } Un testament pourra être olographe, ou fait par acte public ou dans la forme mystique.

---

843. [Le testament en forme notariée ou authentique est reçu devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins ; le testateur en leur présence et avec eux signe le testament ou déclare ne le pouvoir faire après que lecture lui en a été faite par l'un des notaires en présence de l'autre, ou par le notaire en présence des témoins. Il est fait mention à l'acte de l'accomplissement des formalités.]

843. [Wills in notarial or authentic form are received before two notaries or before a notary and two witnesses ; the testator, in their presence and with them signs the will or declares that he cannot do so, after it has been read to him by one of the notaries in presence of the other, or by the notary in presence of the witnesses. Mention is made in the will of the observance of the formalities.]

St. de Québec (1875) 38 *Vict.*, *ch.* 23, *ss.* 1 *et* 2. } 1. Tout testament authentique, reçu devant un notaire et deux témoins dont un seulement savait signer, depuis la mise en force du code civil du Bas-Canada, à venir à la mise en force du présent acte, sera considéré comme valide et fera preuve de son contenu, nonobstant ce défaut de forme de la même manière que si ce défaut n'existait pas, pourvu qu'il ne contienne aucune autre cause de nullité que ce défaut de forme.

2. Tout testament authentique reçu devant deux notaires ou un notaire et deux témoins, sans qu'il soit fait mention à l'acte que le testateur a signé en la présence des notaires ou du notaire et des témoins et avec eux ou a déclaré ne pouvoir le faire après que lecture lui en a été faite par l'un des notaires en présence de l'autre, ou par le notaire en présence des témoins, à venir à la mise en force du présent acte sera considéré comme authentique et valide, nonobstant ce défaut

de mention de la même manière que si cette mention eut été faite à l'acte, pourvu toutefois que les formalités dont on aurait dû mentionner l'accomplissement aient été de fait accomplies.

---

844. Le testament authentique doit être fait en minute.

Les témoins y doivent être nommés et désignés. Ils doivent être du sexe masculin, majeurs, non morts civilement, ni condamnés à une peine infamante. [Les aubains peuvent y être témoins.] Les clercs et serviteurs des notaires ne le peuvent.

La date et le lieu doivent être mentionnés dans le testament.

844. Authentic wills must be made as originals remaining with the notary.

The witnesses must be named and described in the will. They must be of the male sex, of full age, and must not be civilly dead, nor sentenced to an infamous punishment. [Aliens may serve as witnesses.] The clerks and servants of the notaries cannot.

The date and place of its execution must be stated in the will.

---

845. [Un testament ne peut être reçu par des notaires parents ou alliés du testateur, ou entre eux, en ligne directe, ou au degré de frère, oncle ou neveu. Rien n'empêche que les témoins ne soient parents ou alliés du testateur, ou entre eux ou avec le notaire.]

845. [A will cannot be executed before notaries who are related or allied to the testator or to each other, in the direct line, or in the degree of brothers, uncles, or nephews. The witnesses however may be related or allied to the testator, to the notary, or to one another.]

846. [Les legs faits aux notaires ou aux témoins, ou à la femme de tel notaire ou témoins ou à quelqu'un de leurs parents au premier degré, sont nuls, mais ne rendent pas nulles les autres dispositions du testament.]

L'exécuteur testamentaire qui n'est pas gratifié ni rémunéré par le testament y peut servir de témoin.

846. [Legacies made in favor of the notaries or witnesses, or to the wife of any such notary or witness, or to any relation of such notary or witness in the first degree, are void, but do not annul the other provisions of the will.]

Testamentary executors who are neither benefited nor compensated by the will may serve as witnesses to its execution.

Voy. autorités sur art. 853.

---

* *Code du Canton de Vaud, art. 655.* } Le notaire et les témoins ne devront être ni parents ni alliés des légataires jusqu'au quatrième degré inclusivement, sous peine de nullité de legs fait aux parents du notaire ou des témoins.

---

* *C. N.* 975. } Ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parens ou alliés, jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus.

---

847. Le testament sous forme authentique ne peut être dicté par signes.

847. Wills in authentic form cannot be dictated by signs.

[ARTICLE 847.]

[Le sourd-muet et toute personne qui ne peut tester de vive voix, s'ils sont suffisamment instruits, le peuvent au moyen d'instructions écrites de leur propre main, remises au notaire avant ou lors de la confection du testament.

Le sourd-muet et celui qui ne peut entendre la lecture du testament, doivent le lire eux-mêmes, et à haute voix, quant à celui qui est sourd seulement.

La déclaration par écrit que l'acte contient la volonté du testateur et a été préparé d'après ses instructions, supplée à la même déclaration de vive voix lorsqu'elle est nécessaire.

Mention doit être faite de l'accomplissement de ces formalités exceptionnelles et de leur cause.

Si le sourd-muet ou autres, sont dans l'impossibilité de se prévaloir des dispositions du présent article, ils ne peuvent tester sous la forme authentique.]

[Deaf mutes and others who cannot declare their will by word of mouth, may do so, if they are sufficiently educated, by means of instructions written by themselves and handed to the notary, before or at the execution of the will.

Deaf mutes and such persons as cannot hear the will read, must read it themselves, and aloud, as regards those who are only deaf.

A written declaration that the deed contains the will of the testator and is prepared in accordance with his instructions, may be substituted for the same declaration by word of mouth, when it is required.

Mention must be made of the observance of these exceptional formalities and of their cause.

If the deaf mutes and others cannot avail themselves of the provisions of this article, they cannot make wills in the authentic form.]

* *Ricard*, 1*ere partie*, No. 141. } 141. Pour ce qui est de notre usage dans ce Royaume, aussi bien pour ce qui est des Provinces qui suivent le Droit écrit, que pour celles qui se sont faites des Lois particulières, nous ne pouvons pas, depuis l'article 54, de l'Ordonnance de Moulins, qui est générale pour toute la France, admettre ces sortes de dispositions, de quelque nature qu'elles puissent être. Et de fait, nous avons un Arrêt solennel sur ce sujet, du 27. Octobre 1595, donné en la Grand' Chambre, au rapport de M. Briçonner, par lequel sur un procès évoqué du Parlement de Bordeaux, un testament qui avait été fait par Arnoud Catablanc, en présence d'un Conseiller, et du Procureur Général de ce Parlement, députez pour cet effet, en conséquence d'une Requête qui avait été présentée sous le nom du testateur, détenu d'une paralysie, qui l'empêchait de s'exprimer par sa parole et par écrit, fut déclaré nul ; encore qu'il eût témoigné sa volonté par signes autant bien qu'il se pouvait faire.

Quant aux aveugles, le Droit leur a permis de disposer, soit qu'ils eussent apporté cette incommodité avec leur naissance, ou qu'elle leur fut depuis survenue par accident, à condition toutefois d'observer quelques solennités particulières décrites en la Loy *hæc consultissima* 8. *C. qui testam. fac. poss.* et qui ne sont pas d'usage dans notre Pays Coutumier.

1503. Et de fait, quoique la Coutume d'Orléans requière en l'article 289 que *le testament soit dicté et nommé par le testateur, et à lui relû en présence de ceux pardevant lesquels il est passé, et qu'il soit fait mention au testament qu'il a été ainsi dicté, nommé et relû.* Néanmoins il a été jugé par Arrest donné en l'audience, du 30 décembre 1604, rapporté par Maître Antoine Mornac, *adl.* 3, *D. de negot. gest.* qu'un testament dans lequel le Notaire qui l'avait reçu, avait seulement fait mention qu'il avait été *dicté* par le testateur, et obmis ce mot, *nommé*, ne laissait point d'être valable : par cette raison, que le mot *dicté*, employé au testament, contenait en soi tout ce que signifie cet autre obmis *nommé*, personne ne pouvant dicter qu'il ne nomme en même temps.

1504. Mais d'un autre côté, l'esprit du Droit Coutumier étant de considérer ces formalités, comme introduites pour éviter aux suggestions, et aux autres supprises qui peuvent se pratiquer dans les testamens, les Arrêts n'ont pas admis l'équipollence, si elle n'est identique, et si ce qui est employé pour accomplir les solennités prescrites par la Coutume, ne comprend son intention *adequate et identice*, pour me servir des termes de la Philosophie ; ne pouvant rien trouver de plus propre pour expliquer ma pensée, et pour me conformer à ce qui a été établi par les Arrêts.

1530. Cet Arrêt du 8 Mars 1652 a encore jugé une autre question qui était beaucoup plus difficile, en ce que dans l'un des Codicilles, qui n'était pas signé du testateur, la cause pour laquelle il n'avait pu signer n'avait pas été formellement exprimée, et s'induisait seulement par conséquence. La fin du Codicille étant conçue en ces termes : *fait et passé en la Chambre où ledit sieur de Spoix est malade, à lui lu et relu, lequel n'a pu signer, interpellé de ce faire ;* ce que l'on soutenait n'être pas suffisant pour satisfaire à ce qui est désiré par l'Ordonnance, qui veut que mention soit faite de la cause pour laquelle le testateur n'a pu signer. Mais Monsieur l'Avocat Général remontra, en prenant ses Conclusions, conformément à ce qui fut jugé par l'Arrêt, que l'équipollence s'y rencontrait, et ce que le Notaire avait fait mention de la maladie du testateur en même temps qu'il avait déclaré qu'il n'avait pu signer ; d'où l'induction était aisée à tirer, que la cause pour laquelle il n'avait pu signer, procédait de sa maladie : il faut pourtant avouer que cette réponse est peu subtile, et qu'il y a grande apparence que la faveur des dispositions dont il s'agissait ne contribua pas peu à faire rendre l'Arrêt tel qu'il a été prononcé, l'une étant faite au profit d'une fille naturelle pour lui servir de dot, et l'autre pour servir de récompense à Maître Louis Corillon, Avocat, qui avait rendu au testateur des services très considérables durant plusieurs années.

* 2 *Bourjon, des Test.*, 2e *partie*, *Nos. X et XLIX.* } X. Ces formalités étant de l'essence du testament, ne peuvent être accomplies par équipollence : jugé par l'Arrêt rapporté par M. Bouguier, let. T, nº 2, ainsi le testament fait sur l'interrogatoire du Notaire, par un testateur qui n'a répondu que oui, est nul. M. Henrys, tom. 1, liv. 5, ch. 4, quest. 31. Voyez la neuvième partie du Journal du Palais, pag. 330, où est rapporté un Arrêt qui a confirmé un tel testament par de certaines circonstances. Voyez l'article 23 de l'Ordonnance de 1735 qui rend cela inutile, n'obligeant plus d'exprimer que le testament a été dicté et nommé par le testateur, mais bien la mention que son testament lui a été relu.

XLIX. Toute disposition par signes est nulle, encore que sur ce, elle eût été rédigée par écrit ; tout signe est trop incertain, lorsqu'un testateur ne peut se communiquer autrement pour constater sa volonté ; en effet, ce serait souvent substituer une volonté étrangère à la sienne.

Article 2 de l'Ordonnance de 1735. M. le Maitre, tit. 14, pag. 424.

---

* 17 *Guyot*, *V. Testam.*, *p.* 104 *et* 105. } Il n'est pas douteux qu'un sourd ne soit capable de tester, et la loi 10, C. *qui testamenta facere possunt*, le décide ainsi expressément. On a cependant voulu prétendre qu'il fallait excepter le cas où le sourd ne sait pas écrire ; mais ce système, qui n'était fondé sur rien, a été proscrit par un arrêt du Parlement de Bordeaux, du 15 avril 1608, rapporté dans Despeisses, tôme 3, page 12, nº 29.

A l'égard du muet, on distingue lorsqu'il sait écrire. Le texte qu'on vient de rappeler, et l'ordonnance de 1735 lui permettant de tester, mais seulement par écrit. Ainsi il est réellement incapable dans les coutumes qui n'admettent que le Testament nuncupatif ; car il ne pourrait s'y expliquer que par des signes ; et l'article 2 de l'ordonnance de 1739 a déclaré nulles toutes les dispositions de dernière volonté qui seraient faites de cette manière.

On conçoit par là que le muet qui ne sait pas écrire ne peut tester dans aucune forme.

Que doit-on décider à l'égard de celui qui est à la fois sourd et muet? Il faut distinguer si c'est par accident ou par un défaut qu'il a apporté en naissant.

Au premier cas, la loi du code que nous citions à l'instant lui permet de tester lorsqu'il sait écrire; mais on sent bien, d'après ce que nous avons dit du simple muet, que ce ne peut être que dans la forme mystique ou olographe. Le § 2, aux institutes *de Testamento militis*, autorise à la vérité le soldat sourd et muet à tester par signes, mais elle ne subsiste plus, elle est abrogée par l'art. 2 de l'ordonnance de 1735.

Au second cas, la même loi du code déclare le sourd et muet incapable de tester. Elle ne distingue pas s'il sait écrire ou non, elle parle en général, et par conséquent elle exclut toute distinction.

On trouve néanmoins dans le recueil de M. de Catellan, livre 2, chapitre 48, un arrêt du parlement de Toulouse, du mois d'août 1679, qui juge que " le sourd et muet de nais-" sance peut faire un Testament, pourvu qu'il sache écrire, et " soit capable d'affaires par l'écriture." On s'est fondé sur ce que, dans le droit, il est à croire que Justinien n'a pas prévu un cas aussi extraordinaire que celui d'un sourd et muet de naissance qui sait écrire, et que dans le fait, l'auteur du Testament dont il s'agissait avait donné pendant sa vie une foule de preuves de son habileté à traiter des affaires par écrit. Malgré ces considérations, l'arrêt n'a passé qu'après beaucoup de difficultés, et Vedel en critique la décision. " Il n'était pas " nouveau, dit-il, au tems de Justinien, que des sourds et " muets de naissance pouvaient être capables de commerce et " d'affaires, ayant appris à écrire ce que l'expérience avait sans " doute fait connaître de ce siècle, comme dans ces derniers " tems. La loi doit donc être appliquée indistinctement aux " sourds et muets *à naturâ*." Cet auteur ajoute, qu'on ne doit pas argumenter de la capacité de traiter des affaires, à

celle de tester, et il emploie, pour le prouver, les principes qu'on a établis ci-dessus par rapport à la démence.

---

848. Des dispositions additionnelles et particulières existent quant au district de Gaspé, pour y obvier au manque de notaires dans la réception des testaments comme des autres actes.

[Sauf ces dispositions d'une nature locale, les ministres du culte ne peuvent remplacer les notaires dans la réception des testaments. Ils ne peuvent non plus y servir que comme témoins ordinaires.]

848. Further and special provisions exist for the district of Gaspé, to remedy the want of notaries for the execution of wills as well as of other acts.

[Saving these provisions of a local nature, ministers of religion cannot replace notaries in the execution of wills: neither can they serve otherwise than as ordinary witnesses.]

---

849. Les testaments des militaires en service actif hors des garnisons, faits dans le Bas-Canada ou ailleurs, et ceux des marins faits en voyage, à bord des vaisseaux ou dans les hôpitaux, qui seraient valides en Angleterre quant à leur forme, sont également valides dans le Bas-Canada.

849. Wills made in Lower Canada or elsewhere by military men in active service out of garrison, or by mariners during voyages, on board ship or in hospital, which would be valid in England as regards their form, are likewise valid in Lower Canada.

Voy. *Sts. Ref. B. C., ch.* 38, *s.* 10, citée sur art. 776.

[ARTICLE 849.]

* *St. Imp.* 7 *Guill. IV et I Vict.* (1837) *ch.* 26, *ss.* 10 *et* 11. X. And be it further enacted, That no Appointment made by Will, in exercise of any Power, shall be valid, unless the same be executed in manner herein-before required; and every Will executed in manner herein-before required shall, so far as respects the Execution and Attestation thereof, be a valid Execution of a Power of Appointment by Will, notwithstanding it shall have been expressly required that a Will made in exercise of such Power should be executed with some additional or other Form of Execution or Solemnity.

XI. Provided always, and be it further enacted, That any Soldier being in actual Military Service, or any Mariner or Seaman being at Sea, may dispose of his Personal Estate as he might have done before the making of this Act.

---

* *St. Imp.* 29 *Chs. II*, *ch.* 3, *St. des fraudes ss.* 5, 6, 7, 8, *p.* 385. V. And be it further enacted by the Authority aforesaid, That from and after the said four and twentieth Day of *June* all Devises and Bequests of any Lands or Tenements, devisable either by Force of the Statute of Wills, or by this Statute, or by Force of the Custom of *Kent*, or the Custom of any Borough, or any other particular Custom, shall be in Writing, and signed by the Party so divising the same, or by some other Person in his Presence and by his express Directions, and shall be attested and subscribed in the Presence of the said Divisor by three or four credible Witnesses, or else they shall be utterly void and of none Effect.

VI. And moreover, No Devise in Writing of Lands, Tenements or Hereditaments, nor any Clause thereof, shall at any Time after the said four and twentieth Day of *June* be revocable, otherwise than by some other Will or Codicil in Writing, or other Writing declaring the same, or by Burning, Tearing or Obliterating the same by the Testator himself, or

in his Presence and by his Directions and Consent; but all Devises and Bequests of Lands and Tenements shall remain and continue in Force, until the same be burnt, Cancelled, Torn or Obliterated by the Testator, or his Directions, in Manner aforesaid, or unless the same be altered by some other Will or Codicil in Writing, or other Writing of the Devisor signed in the Presence of three or four Witnesses, declaring the same; any former Law or Usage to the contrary notwithstanding.

VII. And be it further enacted by the Authority aforesaid, That from and after the said four and twentieth Day of *June* all Declarations or Creations of Trusts or Confidences of any Lands, Tenements or Hereditaments, shall be manifested and proved by some Writing signed by the Party who is by Law enabled to declare such Trust, or by his last Will in Writing, or else they shall be utterly void and of none Effect.

VIII. Provided always, That where any Conveyance shall be made of any Lands or Tenements by which a Trust or Confidence shall or may arise or result by the Implication or Construction of Law, or by tranferred or extinguished by an Act or Operation of Law, then and in every such Case such Trust or Confidence shall be of the like Force and Effect as the same would have been if this Statute had not been made; any Thing herein before contained to the contrary notwithstanding.

---

* *St. Imp.* 1 *Guill. IV*, *ch.* 20, *s.* 48. } It shall and may be lawful for His Majesty, His Heirs and Successors, to assent to or to authorize His or Their Assent to be given to any Bill or Bills which hath or have heretofore been or which may hereafter be passed by the said Legislative Council and Assembly for regulating the Descent, Grant, Bargain, Sale, Alienation, Conveyance, or Disposal of any Lands which are now or which may hereafter be holden in Free and Common Soccage within the said Province of *Lower Canada*, or

for regulating the Dower or other Rights of Married Women in such Lands; any Repugnancy or supposed Repugnancy of any such Regulations to the Law of *England*, or to any of the Provisions in the before-recited Acts of Parliament or either of them contained, to the contrary in anywise notwithstanding.

---

* *Parsons, on Wills*, *p.* 24 *à* 31. } The old law, that is, the law as it existed prior to the 1 Vic., c. 26, is still in operation with regards to the wills of soldiers in actual military service and seamen at sea, and such persons may dispose of their personal property accordingly. The old law, however, was regulated by several enactments, which also consolidates the laws relating to the pay of the royal navy: by which no will made by any petty officer, or seaman, or non-commissioned officer of marines, before his entry into His Majesty's service, is valid to pass any wages or other moneys payable in respect of service in the navy, nor is any letter of attorney made by any such person, who shall be or shall have been in the said service, or by the widow, next of kin, executors or administrators of any such person, valid or sufficient to entitle any person to receive any such wages or other moneys, unless such letter of attorney is therein expressed to be recoverable.

To validate any will or letter of attorney made or to be made by any petty officer or seaman, non-commissioned officer of marines, who is or has been in the naval service, it must contain the name of the ship to which the person executing such will belonged at the time, or to which he last belonged; and such letter must also, if made by an executor or administrator, contain the name of the ship to which his or her testator or intestate last belonged, and also, in every case, a full description of the degree of relationship or residence of the person or persons to whom or in whose favour, either as attorney or attorneys, executor or executors, the

same shall be made, and also the day of the month and year, and the name of the place when and where the same shall have been executed.

HOW SUCH PETTY OFFICER OR SEAMAN'S WILL IS TO BE EXECUTED.

The will or letter of attorney, to be valid, requires to be executed and attested in manner following, viz.: in case any such letter of attorney, or will, shall be made by any petty officer, or seaman, or non-commissioned officer of marines, while belonging to and on board of any of His Majesty's ships, as part of her complement, or borne on the books thereof as a supernumerary, or as an invalid, or for victuals only, the same must be executed in the presence of the captain, who must also attest the same, (or in his absence) by the commanding officer for the time being; and who, in that case, must state, at the foot of the attestation, the absence of the captain at the time and the occasion thereof; and in case of the inability of the captain, by reason of wounds or sickness, to attest any such will or letter of attorney, then the same must be executed in the presence of and attested by the officer next in command, who must state at the foot of such attestation the inability of the captain to attest the same, and the cause thereof; and if made in any hospital ship, or naval or other hospital, or at any sick quarters either at home or abroad, the same must be executed in the presence of and attested by the governor, physician, surgeon, agent, or chaplain of any such hospital, or by the commanding officer, agent, physician, surgeon, assistant surgeon, chaplain, or chief officer for the time being of any such hospital ship, or by the like officers of any military or merchant hospital or sick quarters.

And where any such will or letter of attorney is made on board of any vessel in the transport service, or in any other merchant ship or vessel, the same is to be executed in the presence of and attested by some commission or warrant officer or chaplain in the navy, or some commission officer

or chaplain to the land forces or royal marines, or the governor, physician, surgeon, or agent or any hospital in the navy or military service, if any such shall be then on board, or by the master or first mate thereof; and if made after he shall have been discharged from the service, or if such letter of attorney be made by the executor or administrator of any such petty officer or seaman, non-commissioned officer of marines, if the party making the same shall then reside in London, or within the bills of mortality, the same must be executed in the presence of and attested by the inspector for the time being of seamen's wills and powers of attorney, or his assistant or clerk; and if the party making the same shall then reside at or within the distance of seven miles from any port or place where the wages of seamen in His Majesty's service are paid, the same shall be executed in the presence of and attested by one of the clerks of the treasurer of the navy resident at such port or place; or if the party making such letter of attorney, or will, resides at any other place in Great Britain or Ireland, or in the islands of Guernsey, Jersey, Alderney, Sark, or Man, the same must be executed in the presence of and attested by a justice of the peace, or by the minister or curate of the parish or place in which the same shall be executed; or if the party making the same shall then reside in any other part of His Majesty's dominions, or in any colony, plantation, settlement, fort, factory, or any other foreign possession of the Crown, or any settlement within the charter of the East India Company, the same is to be executed in the presence of and attested by some commission or warrant officer, or chaplain of the navy, or commission officer of royal marines, or the commissioner of the navy, or naval storekeeper at one of the naval yards, or a minister of the Church of England or Scotland, or a magistrate or principal officer residing in any of such places respectively; and where the party making the same shall then reside at any place not within His Majesty's dominions, or any of the places last mentioned, the same are to be exe-

cuted in the presence of and attested by the British consul or vice-consul, or some officer having a public appointment or commission, civil, naval, or military, under government, or by a magistrate or notary public of or near the place where such letter of attorney or will is executed; nor is any will of any petty officer, seaman, non-commissioned officer of marines or marine, good or valid in law to any intent or purpose which shall be contained in the same instrument with a power of attorney.

WHERE THE CAPTAIN'S SIGNATURE HATH BEEN OMITTED IN THE ATTESTATION.

If it appears, to the satisfaction of the Treasurer of the Navy, that in the attestation clause of any will or letter of attorney, the captain's signature hath been omitted by accident or inadvertence, but that in other respects the execution is conformable to the provisions and meaning of the act, he is empowered to pass the same as sufficient.

EXCEPTION AS TO WILLS MADE BY PRISONERS OF WAR.

Every letter of attorney or will which shall be made by any petty officer or seaman, or non-commissioned officer of marines, while any such person is a prisoner of war, will be valid to all intents and purposes, provided it is executed in the presence of and attested by some commissioner, officer of the army, navy, or royal marines, or by some warrant officer of the navy, or by a physician, surgeon, or assistant surgeon in the army or navy, agent to some naval hospital, or chaplain of the army or navy, or by some notary public, but so as not to invalidate any payment which hath been already made under any letter of administration, certificate or otherwise, in consequence of the rejection of any such wills by the inspector of seamen's wills, for want of the due attestation thereof according to the directions of any former act of Parliament.

[ARTICLE 849.]

DIRECTIONS TO OFFICERS COMMANDING SHIPS.

The officers commanding ships must distinguish, upon their monthly muster-books, which of the persons therein named have made any letter of attorney or will during that month, or other space of time from the preceding return, by inserting the date of such letter of attorney or will opposite the parties' name, under the heading of "Letters of Attorney or Wills," or both, as the case may be or required; and they must likewise transmit to the treasurer of the office, a list of all such persons.

REQUIREMENTS BEFORE ACTING ON SEAMAN'S WILL.

Before any letter of attorney or will is attempted to be acted upon, the same must be sent to the treasurer of the navy, at the navy pay office, London, in order that it may be examined by the inspector of seamen's wills and letters of attorney, who will, on its receipt, register it, and take due means to ascertain its authenticity; and in case he doubts its authenticity, he will give notice in writing to the attorney or executor, as the case may be, that the same is stopped, and the reason thereof, and also report the same to the treasurer of the navy, and moreover enter his *caveat* against such letter of attorney or will, which will prevent any money from being received thereon until it is authenticated to the satisfaction of the treasurer; but if, upon examination, it is found there is no reason to doubt its authenticity, the inspector will sign his name thereto, and put a stamp thereon in token of his approbation—and as to such letters of attorney, forthwith send to the person therein named as attorney, a cheque, specifying the number of the letter of attorney, the name and description of the person granting the same, also the name and description of the person in whose favour the same is granted, the date and place when and where executed, and the names of the witnesses attesting the same, which cheque will be a sufficient authority for the attorney to

demand and receive payment of, and to give acquittances for, all such wages, pay, or other allowances of money to which the person granting the same was entitled; and no letter of attorney of any petty officer or seaman, or non-commissioned officer of marines, which has not been executed on board the ship to which the party belonged, in the manner before prescribed, is to be allowed by the inspector until a certificate has been produced to him, signed by the captain, specifying the period the party has served on board, unless reasonable cause be shown to the inspector for dispensing with the same.

The treasurer of the navy is not bound to pay regard to any power of attorney, or cheque of any power, unless the same is actually produced at the time payment is claimed.

MODE BY WHICH EXECUTORS ARE TO OBTAIN PROBATE.

The will having been transmitted and registered, as before pointed out, the inspector causes to be issued to the person therein named as executor a cheque in lieu thereof, containing directions to return the same, with his signature thereto, upon the testator's death, to the treasurer of the navy—and in the event of the testator's death, the minister or curate of the parish in which the party named as executor shall then reside, shall, upon application of the executor, examine him and two such inhabitant householders of the parish as may be disposed to certify their personal knowledge of the holder of the cheque touching his claim, and that they are satisfied of his being the person therein described as executor; and the said executor is to subscribe his name to the application, and the two householders their names to the certificate for that purpose subjoined to the cheque (the blanks therein being first filled up agreeable to truth,) in the presence of the minister or curate, for which respective purposes the said executor and householders must attend at such time and place as the minister or curate appoints: who being, upon examination of the several parties, satified with their answers,

and that the person holding the cheque is the executor therein named, and that the persons certifying are inhabitant householders of the parish, and having seen the said parties sign the application and certificate, shall add a description of the person claiming as executor, and certify to the several particulars by subscribing his signature thereto—the executor must pay to the minister or curate a fee of two shillings and sixpence.

The application and certificate being completed, they require to be transmitted by the minister or curate by the post, addressed to the treasurer of the navy, *London*—and the original will having been passed, the inspector notes thereon the amount of wages due to the deceased, and then forwards the will to a proctor for him to obtain probate thereof—and in case the executor does not reside within the bills of mortality, the inspector will forward to the proctor a letter addressed to the minister, and the proctor having received the will and the letter of the inspector, will sue out the previous commission or requisition and take the proper steps to enable the executor to obtain probate, and will enclose in the said letter a copy of the will and the commission, with instructions for executing the same—and forward the same to the minister, by the general post, agreeably to the address put thereon by the inspector of seamen's wills.

MANNER OF OBTAINING ADMINISTRATION OF INTESTATE PETTY OFFICER OR SEAMAN'S EFFECTS.

The person claiming administration sends a letter to the inspector, stating his place of abode, the parish in which the same is situate, his degree of relationship to the deceased, the name of the deceased, and the ship to which he belonged—that he has been informed of the intestate's death, and requesting the inspector to give such directions as may enable him to procure letters of administration to the deceased's effects; upon receipt of this letter the inspector sends by post to the minister of the parish wherein the claimant resides a

petition, together with the requisite certificates, and pointing out the steps to be taken therein, in like manner as has been before observed with regard to executors obtaining probate. (See ante.) The minister or curate may reject any petition for want of satisfactory proof or claim.

And every minister to whom such letter with a commission is transmitted, must immediately take the necessary steps for procuring the execution of the same, and transmit the same to the Treasurer of the Navy, London; and upon receipt of the commission at the Navy Pay-office the same is to be forwarded to the Proctor, who will forthwith procure the requisite probate or letters of administration, and transmit the same to the Inspector at the Navy Pay-office.

When these have been obtained, and the proctor employed therein has forwarded them to the Treasurer of the Navy, with a copy of the will (in case of probate) and an account of his charges, the inspector will issue a cheque in the manner prescribed; and as soon as the wages and the amount of the prize money is noted on the cheque, and after abating the proctor's charges, the balance will be paid to the party personally, and the cheque delivered to the party to stand instead of the probate or letters of administration, and enable him to receive whatever other sums may become payable to the deceased's estate.

NUNCUPATIVE WILL.

A nuncupative will is an oral testament, declared by a testator *in extremis* before a sufficient number of witnesses, and afterwards reduced to writing.

The 29 Car. II., c. 3, restricted nuncupative wills, except when made by mariners at sea and soldiers in actual service; it moreover enacts that no written will shall be revoked or altered by a subsequent nuncupative one, except the same shall be, in the lifetime of the testator, reduced to writing and read over to him and approved, and unless the same be proved to have been so done by the oaths of three witnesses.

at the least, who by 4 & 5 Ann, c. 16, must be such as are admissible upon trials at common law.

No nuncupative will shall in anywise be good where the estate bequeathed exceeds £30, unless proved by three such witnesses present at the making thereof, and unless they or some of them were specially required to bear witness thereto by the testator himself, and unless it was made in his last sickness, in his own habitation or dwelling house, or where he had been previously resident ten days at least, except he be surprised with sickness on a journey or from home, and dies without returning to his dwelling.

No nuncupative will shall be proved by the witnesses after six months from the making unless it were put in writing within six days, nor shall it be proved till fourteen days after the death of the testator, nor till process has first issued to call in the widow or next of kin to contest it, if they think proper.

INFORMAL WILLS, UNDER PECULIAR CIRCUMSTANCES.

An informal Codicil made by a seaman engaged with the enemy on board ship, but in a river beyond the flux and reflux of the tide, is valid under the 1 Vic., c. 26, s. 11.

So where a *minor* in the military service of the East India Company, being mortally wounded in action, wrote a will in pencil, which was attested but by one witness, it was held to come within the exception of the Statute of Frauds, and was treated as a will.

And where a surgeon in the same company's service returned from this country to join his regiment in India, in medical charge of recruits, and in July, 1838, when on board ship at Portsmouth, he wrote a paper of a testamentary nature, but appointing no executor or residuary legatee and which was moreover unattested, it was determined that administration with the paper annexed, passed to the mother of the deceased.

[ARTICLE 849.]

TERMS " MARINER OR SEAMAN. "

It appears that the terms " mariner or seaman " do not exclude any person in Her Majesty's Navy from the benefit of the exception of the 11th sec. of 1 Vic., c. 26, although superior officers " at sea "—thus, an unattested Codicil, dated 18th January, 1838, to a will duly executed, dated April, 1833, made at sea by the purser of a man-of-war, has been admitted to probate.

FOREIGNER DOMICILED IN ENGLAND.

A foreigner domiciled in England may, of course, make a will or testamentary disposition of his personal property, and the distribution of his personal property in England will be subject to the same laws as any other natural-born subject, and when naturalized he may also devise his real estate here, and his will will be construed according to the law of England in all respects as an Englishman's—but a will made in a foreign country, disposing of personal property in this country, must be proved here, notwithstanding it is also proved there; and the practice is to transmit an exemplified or authenticated copy here, which is proved in the Ecclesiastical Court and lodged in the registry as if it were an original will. As to the authentication of the copy, see Raymond v. De Watteville ; 2 Lee, 358.

" That place is properly (says Mr. Justice Storer) the domicile of a person in which his habitation is fixed, without any present intention of removing therefrom. " This definition of the learned Judge is open to explanation ; for " the present intention of a person's removing " cannot possibly be known but by that person himself, and where a definition of a word or a rule of law is to be expounded on such a frailty, it argueth of its unsoundness.

The mode of ascertaining the domicile of a person may be collected from the cases decided on that question—thus, it being *prima facie* evidence only that where a person resides there he is domiciled, it is necessary when the question of

legal domicile is raised to see what was the domicile of origin, that being ascertained it prevails till the party shall have acquired another, with an intention of abandoning the original domicile. Secondly, the fact of residence must be accompanied by an intention of permanently residing in the new domicile and of abandoning the former ; the change of domicile must be manifested *animo et facto* by the fact of residence and the intention to abandon—thirdly, that the domicile of origin having been abandoned and a new domicile acquired, that new domicile may in turn be abandoned and a third domicile acquired—fourthly, the presumption of law being that the domicile of origin subsists until a change of domicile is proved, the *onus* of proving the change is on the party alleging it ; and this onus is not discharged by merely proving residence in another place, which is not inconsistent with an intention to return to the original domicile, but the change must be demonstrated by fact and intention.

The domicile of the parent is that also of their children until the contrary is proved. Thus, if a person is born of parents who are British subjects, although he were born abroad he would be a British subject, and this whatever might be the domicile of his parents or himself. So also the wife acquires the domicile of her husband, which continues after his death. And the domicile of the husband is also that of the wife, although they may be living apart under a deed of separation. And an Officer in the service of the East India Company, and risiding in the East Indies, does no thereby acquire a domicile in that country, but a man may obtain a new domicile in a country where he is only lodger, and without repudiating his nationality; for where a testator was a native of Scotland, and domiciled there, and afterwards came to London, where he continued to reside chiefly in lodgings, for many years making London the central place of his affairs and business, it was determined that he acquired a new domicile in London.

[ARTICLE 850.]

850. Le testament olographe doit être écrit en entier et signé de la main du testateur, sans qu'il soit besoin de notaires ni de témoins. Il n'est assujetti à aucune forme particulière.

Le sourd-muet qui est suffisamment instruit peut faire un testament olographe comme toute autre personne qui sait écrire.

850. Holograph wills must be wholly written and signed by the testator, and require neither notaries nor witnesses. They are subject to no particular form.

Deaf mutes, who are sufficiently educated, may make holograph wills, in the same manner as other persons who know how to write.

---

* 2 *Bourjon, des Test., ch.* 1, *s.* 1, *p.* 239. } Le Testament olographe n'est sujet à aucune formalité ; ouvrage du testateur seul, il porte sa certitude avec lui-même ; en effet, le testateur en est le seul auteur, ce qui l'affranchit de toute forme ; suffisant pour la validité d'un tel testament, que le sens d'icelui soit pénétrable, et qu'il fasse foi.

Voyez l'Arrêt rapporté par M. Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 89. M. Duplessis, des Testamens, pag. 588, et c'est ainsi que le testament est regardé au Châtelet ; c'est même un droit commun.

---

* 17 *Guyot, V. Testam., p.* 137 *à* 141. } Le droit romain ne renferme rien de précis sur la question de savoir si le défaut de date rend un Testament nul. D'un côté, Cujas, dans son commentaire sur la loi 20, D. *qui Testamenta facere possunt*, rapporte un fragment du jurisconsulte Mondestinus où il est dit que l'omission du jour et de l'année de la confection d'un Testament, ne fait nul obstacle à sa validité. *Cùm in Testamento dies et consul adjecti non sunt, nihil nocet quominus valeat Testamentum.* Mais, d'un autre côté, cette décision n'a pas été insérée dans le corps de droit, et la novelle 117

exige expressément la date dans les Testamens des pères entre leurs enfans.

Nos anciennes ordonnances ne s'expliquent pas plus clairement sur la nécessité de la date ; mais suivant M. Sallé, on ne l'a jamais révoquée en doute pour les Testamens reçus par un officier public : c'est une erreur ; car il existe plusieurs arrêts qui ont confirmé des Testamens de cette espèce, nonobstant le défaut de date. Despeisses, titre *des successions testamentaires*, sect. 14, n. 10, en rapporte deux de 1573 et 1627 ; l'un rendu au parlement de Bordeaux, l'autre par celui de Toulouse. M. Desjaunaux, tome 1, § 27, nous en fournit un semblable du parlement de Flandres, du 13 mai 1694. On en trouve un autre du 23 décembre 1609 dans Asande, recueil d'arrêts du conseil de Frise, livre 4, titre *de Testamentis*, décision 9.

Il est vrai que le parlement de Paris a toujours jugé le contraire, et c'est ce qu'a également fait un arrêt du parlement de Provence, du 10 novembre 1665, rapporté par Boniface, tome 1, livre 1, titre 7, n. 3.

A l'égard des Testamens olographes, on a presque toujours tenu que la date n'y était point nécessaire. Un arrêt du parlement de Paris, du 25 juin 1612, confirma un acte de cette espèce qui n'était point daté : il est rapporté par Tronçon, sur l'art. 299 de la coutume de Paris.

Un autre arrêt de la même cour, du 28 juin 1678, qu'on trouve dans le journal du palais, a ordonné l'exécution d'un Testament olographe qui contenait bien la date de l'année et du jour de la confection, mais non celle du mois. Denisart dit " qu'un arrêt rendu le 26 février 1731, à la quatrième chambre " des enquêtes, au rapport de M. Dupré, a déclaré valable le " Testament de Gabriel René, marquis de Mailloc, qui était olo- " graphe, écrit de sa main, et signé de lui, mais sans date de " jour, de mois ni de lieu."

Boullenois, sur Rodemburg, tome 2, page 78, nous apprend que la même chose a été jugée par arrêt de la grand'chambre, du 10 mars 1732, " au sujet du Testament du sieur Caboud,

" qui, quoique non daté, fut confirmé au profit des curé et " marguilliers de Notre-Dame de Bonnes-Nouvelles."

Il y a dans les œuvres de Duperrier, tome 2, page 481, édition de 1721, un arrêt du parlement de Provence, du 19 octobre 1642, par lequel il fut jugé, sur le même principe, qu'un Testament olographe d'un père entre ses enfans, qu'on prétendait n'être qu'un projet, parce que la date du jour n'y était pas, ne laissait point d'être valable.

C'est ce qu'a encore décidé un arrêt du parlement de Rouen, du 14 mai 1666, rapporté par Basnage, article 422.

La jurisprudence établie par ces six arrêts n'était cependant pas bien constante ; car il y en a un du 4 juin 1660 qui déclare nul un Testament olographe, par le seul défaut de date. C'est Ricard qui nous l'a conservé, partie 1, chapitre 5, section 17.

Tant de variations ne prouvaient que trop la nécessité d'une loi générale sur cette matière, et c'est pourquoi le législateur s'en est particulièrement occupé dans l'ordonnance de 1735. L'article 38 déclare que " tous Testamens, codicilles, actes de " partage entre enfans et descendans, ou autres dispositions à " cause de mort, en quelque forme qu'ils soient faits, contien- " dront la date des jour, mois et an, et ce encore qu'ils fussent " olographes ; ce qui sera pareillement observé dans le cas du " Testament mystique, tant pour la date de la disposition " que pour celle de la souscription."

Faut-il que la date soit écrite en caractères ordinaires, ou suffit-il qu'elle le soit en chiffres arabes ? Ce dernier parti a été adopté par une sentence du châtelet, du 21 juin 1755, dont il n'y a point eu d'appel, et par un arrêt du parlement de Paris, du 27 juin 1759, rendu au sujet d'un Testament du sieur Tabourеau d'Orval. Les chiffres, dit Denisart, en rapportant ces décisions, " sont des caractères de convention, qui, " comme lettres, ont une signification qui leur est propre, et " aucune loi n'en a défendu l'usage."

Est-il nécessaire que la date du Testament soit à la fin, ou suffit-il que l'acte soit daté dans son contexte, quand il est

d'ailleurs revêtu des formes prescrites? Cette question, s'il en faut croire Denisart, a été jugée par arrêt du 12 avril 1649, rapporté au journal des audiences, et cet arrêt a décidé que le défaut de date à la fin du Testament emportait nullité. Denisart se trompe; il y avait dans l'espèce une circonstance particulière. La déclaration de la testatrice, de ne pouvoir signer, précédait la mention de la lecture qui lui avait été faite de ses dispositions, et ce fut ce renversement qui motiva l'arrêt. Voyez SIGNATURE, § 2, question 2. Du reste, Denisart rapporte lui-même un arrêt du 29 août 1746, par lequel le parlement de Paris a déclaré valable le Testament du sieur Ricouard, "quoique la déclaration, *lu et relu*, fût après la date." Le même auteur fait mention d'un arrêt du 11 février 1760, qui confirme un Testament olographe dont on demandait la nullité, sous prétexte que la testatrice "l'avait daté au " commencement du papier, à peu près comme on date une " lettre missive."

Il s'est présenté, en 1762, une espèce assez singulière. La veuve de Voilain avait fait un Testament olographe sur la première page d'une feuille de papier à lettre, sans aucune date. Elle avait laissé en blanc les deuxième et troisième pages de cette feuille; mais sur la quatrième, elle avait écrit, comme l'on fait ordinairement, l'inscription d'une lettre: *Ceci contient mes dernières volontés, adressées à M. Battu, que je prie de faire exécuter. Fait à Gien ce* 25 *mars* 1761, (Signé) DE LA CROISETTE, *veuve Voilain.* Et de l'autre côté était écrit: *C'est moi qui la cachète en cire rouge et en chiffres.* (Signé) DE LA CROISETTE, *veuve Voilain.* Les héritiers de la testatrice prétendaient que ce Testament était nul, faute de date à la page qui en contenait toutes les dispositions. Mais par arrêt du 21 mai 1762, rendu sur les conclusions de M. Joly de Fleury, il fut jugé que le Testament était valable.

Lorsqu'il se trouve à la suite d'un Testament olographe un *post-criptum* qui contient un codicille, faut-il, pour avoir son effet, qu'il soit daté comme le Testament même? Denisart dit qu'un arrêt du 16 février 1760 a déclaré nul un pareil codi-

cille, sur le seul défaut de date, et il observe que cet acte " était sensiblement détaché du Testament, dont il était séparé d'environ deux lignes."

Voici une espèce dans laquelle une connexité plus marquée entre une disposition datée et une autre qui ne l'était pas, a fait déclarer celle-ci valable.

Un valet-de-pied des écuries du roi, fait par son Testament différentes dispositions, et institue des légataires universels; il date et signe chacune de ses dispositions : par l'une, il fait remise à son beau-frère d'une somme de deux cents livres qu'il déclare lui être due, et veut qu'elle ne soit pas répétée, dans le cas où à son décès elle lui serait encore due; il signe et date. Postérieurement au Testament, le beau-frère du testateur lui paye les deux cents livres : à l'instant mention en est faite en ces termes à la suite du Testament: Cejourd'hui, 21 février 1781, je reconnais que mon beau-frère m'a payé les deux cents livres qu'il me devait. Ensuite, et à la ligne, le testateur fait cinq ou six legs particuliers assez modiques : il signe chacune de ses nouvelles dispositions, mais ne date pas. Le testateur meurt; les légataires particuliers, dénommés dans le codicille, demandent leurs legs aux légataires universels. Ceux-ci soutiennent que les dispositions codicillaires n'étant pas datées, sont nulles. Les autres prétendent au contraire adapter à ces dispositions codicillaires la date qui précède cejourd'hui 21 février 1781. Les légataires universels soutiennent, de leur côté, que la date du 21 février n'a de rapport qu'à la mention du payement, et non aux dispositions qui suivent. Sentence du châtelet, qui déclare les dispositions codicillaires nulles, faute d'être datées, et déboute les légataires particuliers de leurs demandes.

Appel à la cour : la cause a été plaidée par M. Chabert pour les appelans, et M. Laurent de Courville pour les intimés.

La cour, par arrêt du 19 juillet 1782, a mis l'appellation et ce dont a été appelé au néant; émandant, a fait délivrance aux légataires particuliers de leurs legs, et condamné les légataires universels aux dépens.

Lorsqu'il se trouve une erreur dans la date d'un Testament, doit-on considérer cette date comme non apposée, et en conséquence déclarer le Testament nul ? Cette question dépend des circonstances dans lesquelles elle peut se présenter.

Un arrêt du parlement de Paris, du 19 mars 1738, a déclaré valable un Testament daté du mardi 9 mai 1736, quoi que la testatrice fût morte le 9 mai, et que le mardi fût le 8.

Il s'est présenté une espèce semblable au parlement de Flandres, mais dans une circonstance particulière. Le nommé Jean-Baptiste Hadez, fermier à Auberchicourt, village du Hainault, fit un jour de dimanche, devant les échevins de son domicile, un Testament que ceux-ci datèrent du lendemain lundi. On s'inscrivit en faux contre cette date, et l'on prouva effectivement qu'elle était fausse. Par arrêt du 30 novembre 1764, au rapport de M. Remy, le Testament fut déclaré nul, mais le seul motif de cette décision fut que les échevins d'Auberchicourt n'avaient pris dans l'acte aucune qualité, et s'étaient contentés d'y exprimer leurs noms et surnoms. Voyez ci-après, § 2.

L'additionnaire de Denizart, nous offre une autre espèce qui se rapporte également à l'erreur de la date. " Remarquez, " dit-il, que par arrêt conforme aux conclusions de M. Joly " de Fleury, avocat général, la cour a confirmé un Testament " dans la date de l'année duquel un mot numérique avait été " oublié ; par exemple, au lieu de mil sept cent cinquante-" huit, il y avait mil sept cent huit. Mais certaines circons-" tances prouvaient que ce Testament était de 1758, et le mot " de *cinquante* une omission."

Cette espèce était précisément celle d'un arrêt plus récent, dont nous avons déjà parlé sous le mot SIGNATURE, § 2, question 4. Le Testament du sieur Dulan, sur lequel cet arrêt a été rendu, était terminé par cette clause : " Telles sont mes " dernières volontés ; en foi de quoi j'ai signé, ce 21 juillet " mil sept soixante-quatre." Les héritiers prétendaient que l'omission du mot *cent* dans la date, devait emporter nullité. De son côté, la légataire universelle répondait qu'une date

écrite en toutes lettres était certaine, qu'elle ne pouvait être révoquée en doute ni produire d'équivoque par l'omission du terme *cent*, qui se suppléait aisément ; que d'ailleurs la volonté du testateur, rédigée de sa main, était constante. Par l'arrêt cité, rendu le 5 juillet 1782, le Testament fut confirmé purement et simplement.

Voici une autre espèce qui a pareillement été jugée au parlement de Paris. En 1763, la dame Benoise a fait un Testament olographe, à la suite duquel elle a placé un codicille qui commençait par ces mots : *en ajoutant seulement à mon présent Testament*, et finissait par ceux-ci, *je confirme au surplus mon Testament.* La date du Testament a éprouvé un accident qui l'a un peu altérée ; le bout du papier qui la contenait a été déchiré, en sorte qu'après les mots *fait à Paris ce*, on voyait distinctement les chiffres 30, ensuite quelques restes de lettres, dont l'une paraissait s'élever et former le haut d'un X, de manière que l'on pouvait présumer qu'il y avait eu Xme ; et ce qui le faisait croire, c'était qu'au bas de la troisième page, et au commencement d'une ligne non achevée, se trouvaient écrits d'une main étrangère les mots *trente décembre.* Du reste, le codicille était écrit, daté et signé par la testatrice.

La dame de Cambis, héritière légale, a prétendu que le Testament était nul : la dame de Baune, légataire universelle l'a soutenu valable, par la loi 1, D. *de his quæ in Testamento delentur*, et il a été déclaré tel par sentence du châtelet confirmé à la grand'chambre le 6 juin 1764, plaidant MM. le Gouvé et Vermeil.

Autre espèce. Dumoulin sur l'ancienne coutume de Paris, § 96, dit qu'après la mort de M. de Gilbert, conseiller au parlement de Paris, arrivée le 9 août 1546, on trouva dans la bibliothèque un Testament daté du mois d'octobre de la même année. Je fus, poursuit-il, consulté sur ce Testament, et j'estimai qu'il était nul, parce que la date étant postérieure au décès, on devait présumer que l'intention du testateur avait été de ne pas disposer avant le temps qu'il désignait, *non intendebat antè testari.* Duperrier, tome 2, page 482, édition

de 1782, établit la même chose par rapport à un testament daté deux mois plus tard que le testateur n'était mort, et ajoute qu'il en a été ainsi jugé par un arrêt qu'il ne date point.

Faut-il qu'un Testament soit daté du lieu où il est fait? L'ordonnance de 1735 ne l'exige pas, et son silence forme déjà un grand préjugé pour la négative. Mais consultons les arrêts; il y en a quatre sur la question, deux du parlement de Flandres, et deux du parlement de Paris.

Voici le premier. " Le Testament reçu par un notaire, por-" tant le lieu de la résidence du notaire, est bon et valable, " quoiqu'il n'y soit pas fait mention du lieu où il a été passé, " parce qu'on présume qu'il a été passé au lieu de la résidence " du notaire. Arrêt rendu au rapport de M. de la Verdure, le " 23 octobre 1691, entre Philippe Hannotel, appelant des " échevins de Merville, et Adrienne Couteten, intimée." (M. Pollet, part. 3, § 123, n. 2.)

Le second arrêt est du 25 février 1742; nous en avons déjà parlé sous le mot SIGNATURE. Un des moyens dont on se prévalait contre le Testament de Pierre-Antoine Constantin était de dire que le lieu où il avait été fait n'était point marqué. En effet, cet acte commençait ainsi: " Pardevant le notaire " soussigné, et en présence des témoins ci-après nommés, " comparut, etc." Et il finissait en ces termes: " Et a signé " avec nous notaires et témoins, savoir, le sieur Jean Cousin, " *marchand en cette ville*, Philippe-Joseph le Bien, aussi *mar-" chand en cette ville*, cejourd'hui..." Dans quelle ville ce Testament avait-il été fait? On présumait bien que c'était au Cateau-Cambresis, parce que d'un côté le testateur y était domicilié, et que de l'autre le notaire y faisait sa résidence. Mais cela n'était pas exprimé dans l'acte; et de là Jacques Milot inférait que les dispositions du défunt étaient radicalement nulles. Il citait, à l'appui de son système, Anselmo, dans son Tribonien belgique, chap. 97; le même auteur, dans son commentaire sur l'article 12 de l'édit perpétuel de 1611, § 92; Menochius, *de præsumptionibus*, liv. 2, § 84, n. 1; M. le

président Boyer, décis. 33, n. 27; Covarruvias dans ses questions de pratique, chap. 20, n. 3 ; le Grand, sur la coutume de Troyes, tit. 6, art. 97, glos. 4, n. 5 ; Maillart sur l'article 74 de la coutume d'Artois, n. 218. Nonobstant toutes ces citations, le Testament fut jugé valable, soit parce qu'en thèse générale l'expression du lieu de la passation n'est point nécessaire, soit parce que, dans le fait, l'acte faisait assez connaître par lui-même que la ville où il avait été fait ne pouvait être que le Cateau-Cambresis.

Observons ici que l'ordonnance d'Orléans n'a point été enregistrée au parlement de Flandres; qu'ainsi l'article de cette loi, qui prescrit la date du lieu en même tems que celle du jour, du mois et de l'an, ne pouvait être considéré lors des deux arrêts qu'on vient de rapporter.

Du reste, cet article ne porte pas la peine de nullité ; et comme il s'applique autant aux contrats qu'aux Testamens, il est naturel de croire que le défaut de date du lieu n'annullerait pas plutôt ceux-ci que ceux-là. Une chose du moins bien certaine, c'est que cet article n'a pour objet que les Testamens passés devant notaires ; et de là il résulte nettement qu'un Testament olographe ne peut être attaqué sous prétexte d'omission du lieu où il a été passé.

Telle est en effet l'espèce et la décision des deux arrêts du parlement de Paris, que nous avons annoncés.

Le premier, rendu à la grand'chambre le 14 juillet 1749, a confirmé une sentence des requêtes du palais du 7 du même mois, qui avait déclaré bon et valable le Testament olographe du sieur Regnaud de Bazarne, que la marquise du Châtelet attaquait par le défaut de mention du lieu où il avait été fait.

Le second est celui du 5 juillet 1782, qu'on a déjà cité. Un des moyens dont on se servait contre le Testament du sieur Dulan était qu'il n'exprimait pas le lieu de sa confection. Mais ni cette circonstance, ni celles dont on a parlé plus haut et à l'article SIGNATURE, n'ont empêché que le Testament ne fût jugé valable.

* 8 *Pothier, Don. Test.,* No. 8 *et s.* } 8. Le *testament olographe* est celui qui est entièrement écrit et signé de la propre main du testateur.

Le testament olographe est admis dans tout le pays coutumier.—A l'égard des provinces régies par le droit écrit, l'ordonnance de 1735 dit qu'il sera admis dans les provinces où il était en usage avant l'ordonnance.

9. Dans cette variété de lois touchant le testament olographe, doit-on suivre celle du domicile du testateur, ou celle du lieu où le testament olographe a été écrit ?—En faveur de celle du domicile on dit, qu'en fait de formalités d'actes, la règle est qu'on suit la loi du lieu où l'acte se passe ; mais cette règle, dit-on, n'a lieu que pour les actes solennels qui sont faits par personnes publiques, ces personnes devant se conformer à la loi et au style du lieu où elles sont personnes publiques. Le testament olographe est plutôt un testament dispensé de solennités, qu'un acte solennel, à l'égard duquel la règle ci-dessus citée ne reçoit, par conséquent, aucune application ; c'est pourquoi c'est plutôt la loi du domicile du testateur qui doit décider si le testament olographe doit être admis ou non, puisque c'est la loi qui gouverne sa personne et a empire sur la personne qui seule peut le dispenser des solennités des testaments, en lui permettant d'en faire un olographe dans le particulier ; d'où il suit que, lorsque le testateur est domicilié dans un pays où la loi permet l'usage des testaments olographes, il en peut faire un quelque part où il se trouve, et qu'au contraire, il n'en peut faire nulle part si la loi de son domicile qui régit sa personne ne lui permet pas.

On dit, au contraire, pour la coutume du lieu où le testament olographe a été passé, que c'est mal à propos qu'on restreint aux actes reçus par personnes publiques la règle qui décide que les formes des actes se règlent par la loi du lieu où ils ont été passés, que cette règle doit avoir lieu à l'égard de tous les actes sujets à quelques formes, soit qu'ils soient faits par des personnes publiques, soit qu'ils soient faits par des particuliers, et, par conséquent, qu'elle doit avoir lieu à

l'égard des testaments olographes qui ne sont pas simplement, comme on le dit, des testaments dispensés des formes, mais des testaments d'une forme particulière ; l'obligation imposée au testateur de les écrire en entier de sa propre main, de les dater et signer, étant une véritable forme. Ce dernier sentiment paraît autorisé par un arrêt du 14 juillet 1722, rapporté au septième volume du *Journal des Audiences* (liv. 5, ch. 31), qui a déclaré nul un testament olographe fait en Italie.

10. La loi ne requiert rien autre chose touchant sa forme, sinon qu'il soit entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur. Ordonnance de 1735, art. 20. Un seul mot qui serait écrit d'une autre main rendrait ce testament nul, quand même ce mot serait superflu dans le testament ; car on ne pourrait dire que le testament est *entièrement écrit* de la main du testateur, ce qui est de la forme essentielle de ce testament ; c'est ce qui a été jugé pour le testament de la dame Berroyer, qui avait fait légataire universel son beau-frère, par un testament écrit de sa main dans lequel le terme de *beau* se trouvait écrit en interligne d'une autre main ; la Cour, après avoir ordonné une vérification par experts, déclara le testament nul.

Observez néanmoins que, pour qu'un interligne écrit d'une autre main viciât le testament, il faudrait qu'il fût constant qu'il en fît partie, *putà*, par l'approbation que le testateur aurait faite de l'interligne, autrement il serait au pouvoir d'un tiers en la possession duquel un testament tomberait, de détruire ce testament en y insérant quelque interligne, ce qui ne doit pas être.

A plus forte raison, un testament écrit d'une main tierce serait-il nul quoique daté et signé de la main du testateur, et quoique chaque disposition fût apostillé de sa main par ces mots, bon pour une telle somme.

11. Si le testament contenait plusieurs dispositions qui fussent chacune datée et signée, et que l'une d'elles ne fût pas entièrement écrite de la main du testateur, les autres ne laisseraient pas d'être valables ; car ce sont comme autant de testaments dont la nullité de l'un ne doit pas entraîner la

nullité des autres par la règle : *utile per inutile non vitiatur*. *Secùs*, si toutes étaient souscrites par une seule signature.

La date que l'ordonnance requiert pour le testament olographe est celle du jour, du mois et de l'année qu'il est fait, art. 38. Il est mieux d'écrire cette date en lettres, ce ne serait pas néanmoins une nullité si elle était écrite en chiffres, n'y ayant aucune loi qui le défende.

La signature doit être à la fin de l'acte, parce qu'elle en est le complément et la perfection.

C'est pourquoi si le testateur avait, après et au bas de sa signature, écrit de sa main quelque disposition qu'il n'eût pas signée, cette disposition non signée serait nulle. Il n'est pas, à la vérité, nécessaire de signer chacune de ces dispositions, et la signature du testateur qui est en fin du testament, confirme toutes les dispositions du testament qui la précèdent ; mais cette signature ne peut se référer à ce qui est écrit après, ni par conséquent le confirmer.

12. L'expression du lieu où le testament olographe a été fait n'est pas nécessaire pour sa validité, puisqu'aucune loi ne requiert cette expression.

Les interlignes ne sont pas défendus dans un testament olographe ; il suffit qu'ils soient reconnus pour être de la main du testateur, pour mériter foi.

Les ratures qui se trouvent dans un testament olographe n'annulent que la disposition qui se trouve raturée ; toutes les autres ne laissent pas de subsister.

Si même dans une disposition il y avait quelques mots de raturés qui ne fussent pas essentiels, ces ratures n'empêcheraient pas la validité même de la disposition où elles se trouveraient (arrêt du 11 juillet 1716) : mais si c'était le nom de la chose ou de la somme léguée, ou celui de la personne à qui le legs est fait qui fût raturé, il est évident que la disposition ne devrait pas être valable.

13. Toutes ces décisions sont indistinctement vraies lorsqu'on peut lire ce qui est raturé ; mais lorsque les ratures sont telles, qu'on ne peut rien lire de ce qui est raturé, la

partie raturée peut quelquefois donner lieu à faire infirmer tout le testament ; savoir, lorsque le testament était en la possession de celui au profit de qui il était fait, et qu'on pût soupçonner que ce soit lui qui ait fait les ratures ; car, comme ce qui est raturé pouvait contenir une révocation ou limitation des dispositions non raturées, la volonté du testateur, même à l'égard des dispositions non raturées, ne se trouvant point certaine, le testament ne doit point avoir effet, même à l'égard de ces dispositions. Il y a apparence que c'était l'espèce de l'arrêt de 1621, cité par les auteurs, qui a infirmé pour le tout un testament dans lequel il y avait plusieurs ratures, quoique non lisibles. Hors ce cas les ratures quoique non lisibles ne doivent point donner atteinte aux parties du testament qui se peuvent lire, suivant les lois 2 et 3, ff. *de His quæ in testamento delentur.*

14. Nous avons vu ce qui appartenait ou non à la forme intrinsèque et substance du testament olographe ; il est de plus sujet à des formes extrinsèques, pour que ceux au profit de qui il est fait puissent former en conséquence action en justice pour la délivrance de ce qui leur est légué.

15. Ces formes sont : 1° l'acte de dépôt qui doit s'en faire chez un notaire par la personne qui se trouve porteur du testament.

Cet acte est, en un cas, requis pour la validité du testament ; savoir, lorsque le testateur a fait profession religieuse, son testament olographe est nul, s'il ne l'a déposé et reconnu par-devant notaire avant l'émission de ses vœux solennels (ordonnance de 1735, art. 21) : ce qui est ordonné pour empêcher que des religieux ne fissent des testaments depuis leur profession qu'ils antidateraient du temps avant leur profession.

Hors ces cas, le dépôt du testament n'est pas requis pour la validité du testament, et ce dépôt ne se fait que pour qu'il en demeure une minute dont on puisse donner des expéditions à tous ceux qui ont intérêt au testament. C'est pour cette raison qu'on a coutume de déposer les testaments olo-

graphes ; il n'importe que ce soit avant ou depuis la mort du testateur que ce dépôt se fasse, ni par qui il se fasse.

Il est défendu aux curés qui reçoivent des testaments d'en délivrer des expéditions à peine de nullité ; c'est pour cela qu'il leur est enjoint de le déposer chez un notaire incontinent après la mort du testateur, s'ils ne l'ont fait auparavant ; ordonnance de 1735, art. 26.

2o Le contrôle et l'insinuation qui doivent se faire du testament, appartient aussi à sa forme extrinsèque ; ces formes ne sont pas requises pour sa validité, mais seulement en faveur du fisc ; c'est pourquoi la demande en délivrance de legs faite en vertu d'un testament ni contrôlé ni insinué, n'en est pas moins valable, mais celui qui l'a donnée, les procureurs qui ont agi sur une pareille demande sont exposés à des condamnations d'amende.

3o Il faut qu'il soit reconnu par les héritiers pour être écrit et signé de la main du testateur, ou que sur leur refus de le reconnaître, l'écriture soit vérifiée par des experts.

16. Lorsque le testateur l'a reconnu lui-même de son vivant pardevant les notaires chez qui il en a fait le dépôt, pour être entièrement écrit et signé de sa main, je pense qu'il ne faut pas d'autre reconnaissance.

Les actes de dépôt et de reconnaissance sont, comme nous l'avons dit, des actes extrinsèques au testament ; c'est pourquoi quand il s'y trouverait quelque défaut, cela ne donnerait aucune atteinte au testament.

---

* 1 *Greenleaf*, *Evid.*, § 366. } In regard to persons *deaf and dumb* from their birth, it has been said that, in presumption of law, they are idiots. And though this presumption has not now the same degree of force which was formerly given to it, that unfortunate class of persons being found, by the light of modern science, to be much more intelligent in general, and susceptible of far higher culture, than was once supposed ; yet still the presumption is so far

operative, as to devolve the burden of proof on the party adducing the witness, to show that he is a person of sufficient understanding. This being done, a deaf mute may be sworn and give evidence, by means of an interpreter. If he is able to communicate his ideas perfectly by writing, he will be required to adopt that, as the more satisfactory, and therefore the better method ; but if his knowledge of that method is imperfect, he will be permitted to testify by means of signs.

---

851. Le testament suivant la forme dérivée de la loi d'Angleterre, [soit qu'il affecte les biens meubles ou les immeubles,] doit être rédigé par écrit et signé, à la fin, de son nom ou de sa marque par le testateur, ou par une autre personne pour lui en sa présence et d'après sa direction expresse, [laquelle signature est alors ou ensuite reconnue par le testateur comme apposée à son testament alors produit, devant au moins deux témoins idoines présents en même temps et qui attestent et signent de suite le testament en présence et à la réquisition du testateur.]

[Les personnes du sexe féminin peuvent y servir de témoins et les règles

851. Wills made in the form derived from the laws of England, [whether they affect moveable or immoveable property,] must be in writing and signed at the end with the signature or mark of the testator, made by himself or by another person for him in his presence and under his express direction, [which signature is then or subsequently acknowledged by the testator as having been subscribed by him to his will then produced, in presence of at least two competent witnesses together, who attest and sign the will immediately, in presence of the testator and at his request.]

[Females may serve as attesting witnesses and the

qui concernent la capacité des témoins sont aux autres égards les mêmes que pour le testament en forme authentique.]

rules concerning the competency of witnesses are the same in all other respects as for wills in authentic form.]

Voy. autorités sur arts. 853 et 854.

---

852. Le sourd-muet en état de connaître la portée d'un testament et le mode de le faire, et toute autre personne lettrée ou non, que son infirmité n'empêche pas d'avoir la même connaissance et de manifester sa volonté, peuvent tester suivant la forme dérivée de la loi d'Angleterre, pourvu que leur intention et la reconnaissance de leur signature ou marque soient manifestées en présence des témoins.

852. Deaf mutes capable of understanding the meaning of a will and the manner of making one, and all other persons, whether literate or not, whose infirmity has not rendered them incapable of so understanding or of expressing their intentions, may dispose of property by will in the form derived from the laws of England, provided their intention and the acknowledgement of their signature or mark are manifested in presence of witnesses.

Voy. autorités sur art. 850.

---

853. Dans les testaments faits suivant la même forme, les legs faits aux témoins, à leur conjoint ou à quelqu'un de leurs parents [au premier degré], sont nuls, mais ne rendent pas nulles les autres dispositions du testament.

La capacité de l'exécuteur testamentaire de servir comme témoin suit les mêmes règles que dans le testament sous la forme authentique.

853. In wills made in the last mentioned form, legacies made to any of the witnesses, or to the husband or wife of any such witness, or to any relations of such witness [in the first degree], are void, but do not annul the other provisions of the will.

The competency of testamentary executors to serve as witnesses to such wills, is subject to the same rules as in wills in authentic form.

Voy. C. C. B. C., art. 845.

---

* *Allnutt, Practice of wills, p.* 93-4. } *Competency of Attesting Witnesses.* —As to the persons who are competent to be attesting witnesses, the 1 Vict. c. 26, contains the following provisions :— By the 14th section it is enacted, " that if any person, who shall attest the execution of a will, shall at the time of the execution thereof, or at any time afterwards, be incompetent to be admitted a witness to prove the execution thereof, such will shall not on that account be invalid."

By the 15th section it is enacted, " that if any person shall attest the execution of any will to whom, or to whose wife or husband, any beneficial devise, legacy, estate, interest, gift, or appointment of or affecting any real or personal estate (other than and except charges and directions for the payment of any debt or debts), shall be thereby given or

made, such devise, legacy, estate, interest, gift or appointment shall, so far only as concerns such person attesting the execution of such will, or the wife or husband of such person, or any person claiming under such person, or wife, or husband, be utterly null and void, and such person so attesting shall be admitted as a witness to prove the execution of such will, or to prove the validity or invalidity thereof, notwithstanding such devise, legacy, estate, interest, gift or appointment mentioned in such will."

By the 16th section it is enacted, "that in case, by any will, any real or personal estate shall be charged with any debt or debts, and any creditor, or the wife or husband of any creditor, whose debt is so charged, shall attest the execution of such will, such creditor, notwithstanding such charge, shall be admitted a witness to prove the execution of such will, or to prove the validity or invalidity thereof."

By the 17th section it is further enacted, "that no person shall, on account of his being an executor of a will, be incompetent to be admitted a witness to prove the execution of such will, or a witness to prove the validity or invalidity thereof."

From these sections it will be seen that the principal object of the framers of the act upon this point has been to render the will valid, notwithstanding any objection which may exist to the witnesses who attest its execution. The solicitor will not, for obvious reasons, rely upon these enactments when he has the opportunity of selecting witnesses not coming within the classes whose competency is declared by this act. Although the 9th section of the Wills Amendment Act does not require that the witnesses should sign the will in the presence of each other, it will not be prudent, in any case, that either of the witnesses should leave the room until every requisition of the act is complied with. See *In the goods of Webb* (1 Deane Ecc. Rep. 1.)

Where the execution of a will was attested by two marksmen, and signed also by two other persons as witnesses, the

Court held that the signatures of the two latter must be regarded as affixed likewise in attestation of the will, and not as merely verifying the attestation of the marksmen, and that the legacy to the wife of one of them failed under the 1 Vict. c. 26, s. 15: *Wigan* v. *Rowland*, 11 Hare, 157.)

P. 170.— *Competency of Witnesses.*—The 1 Vict. c. 26, s. 14, provides that, if any person who shall attest the execution of a will shall, at the time of the execution thereof, or at any time afterwards, be incompetent to be admitted a witness to prove the execution thereof, such will shall not on that account be invalid; and, by the same statute, a creditor, or the wife or husband of a creditor, attesting the execution (s. 16), and executors (s. 17), are declared to be competent as witnesses to prove the execution of a will.

The following are a few of the cases which arose in the Ecclesiastical Courts with reference to this subject previously to the 1 Vict. c. 26.

In *Monday* v. *Berry* (2 Curt. 72), an executor, who was entitled to a legacy in that character, was held to be a competent witness, if he released his legacy.

In *Twaites* v. *Smith* (1 P. Wms. 10), it was held by the Court of Delegates, on an appeal from a sentence by the Chancellor of the Archbishop of York, that a child of a residuary legatee could not be admitted as a witness to prove a will relating to personal estate, by the civil law, by which law only such will was determinable. The 6 & 7 Vict. c. 85, however, by which it is enacted that witnesses are not to be excluded from giving evidence by incapacity from interest, appears to have been applicable to proceedings in the Ecclesiastical Courts: (*Burder* v. *Hodgson*, 4 Ecc. & Mar. Cas. 491; and *Sanders* v. *Wigston*, 5 Ecc. & Mar. Cas. 78.)

"In the case of *Ivory* v. *Lambe* (Prerog. 5th Feb. 1715), where a witness had released her legacy, but, upon an interrogatory, said she expected it would be paid her if the will should be pronounced for, though she was not promised to be paid, it was held her expectation was a bias, and her deposition could

not be read. So, in the case of *Stirling* v. *Pendleton* (Prerog. 1735), a witness who said he expected a reward was set aside."—Sir George Lee, in the case of *Franks* v. *Carr* (1 Cas. temp. Lee, 403), rejected the deposition of a person who, it appeared from a letter written by him, had an expectation of an interest and advantage in case the will should be established.

A witness, who had a legacy of a ring under the will, having been examined without renouncing or receiving his legacy, it was ordered that his deposition should be suppressed, and that he should renounce his interest and be re-examined : (*Sudyer* v. *Man*, 1 Cas. temp. Lee, 195.)

Where a legatee, whose legacy had been paid to him, had been examined without releasing, the court permitted him to be reproduced as a witness, on his and the executors giving mutual releases, and on the latter depositing in the registry, to abide the issue of the cause, a sum sufficient to answer the legacy : (*Cooper* v. *Derriennic*, 1 Hagg. 482.)

In *Arnold* v. *Earl* (2 Cass. temp. Lee, 380), a next-of-kin who had been cited to see a will propounded, having appeared and declared that he did not oppose the will, was allowed to be dismissed for the purpose of being examined as a witness in the cause.

In *Hanley* v. *Edwards* (Prerog. Court, Feb. 1838), it was held that a person who had made himself responsible to the proctor of one of the parties for the costs of the suit, was not a competent witness for that party.

Part of an allegation, setting up that B., a residuary legatee, had no interest, in consequence of the testator's property being insufficient to pay the legacies bequeathed in his will and first codicil—in order thus to make out B.'s competence as a witness against the second and third codicils—was admitted to proof ; but the court said that, howsoever proved, it would pay little respect to B.'s evidence, unless she also qualified as a witness in the usual mode, which she could have no difficulty in doing, if, in effect, she had no interest ; (*Byrne* v. *Dalzell*, 3 Add. 61.)

[ARTICLE 853.]

Attesting Witnesses.—On affidavit that an attesting witness had been diligently sought and could not be found, an executor might pray publication; but the other party had a right to a monition against the witness to attend for cross-examination if they could find him: (*Mynn* v. *Robinson*, 1 Hagg. 68; see also 1 Phill. 94.)

Where an attesting witness was resident in an enemy's country, the court, under the particular circumstances of the case, admitted proof of his handwriting and character: (*Miller* v. *Sheppard*, 2 Cas. temp. Lee, 520.)

A will might be pronounced for, though both of the attesting witnesses deposed to the deceased's incapacity (*Le Breton* v. *Fletcher*, 2 Hagg. 558); but in *Starnes* v. *Marten* (1 Curt. 294), a will was pronounced against on the evidence of the attesting witness alone.

In *Anderson* v. *Welch* (1 Cas. temp. Lee, 577), the court held a will to be sufficiently proved, under the circumstances, although no proof could be given either of instruction or of the handwriting of the deceased; but the handwriting of the attesting witnesses was proved.

---

* 1 *Stephen's Comm.* (*Ed.* 1874) *p.* 595 *et s.* } II. With respect to solemnities. When the Statute of Wills (32 Hen. VIII. c. 1) had for the first time given efficacy to devises of the realty, innumerable frauds and perjuries were quickly introduced; which can excite no surprise when we consider that bare notes, in the handwriting of another person, then became good wills within the statute if only *published* as such; that is, declared by the testator to be intended to operate as his last will and testament. For, except *publication*, no other ceremony had been essential to a written will of personalty, before this statute passed; and the statute, itself, prescribed no particular solemnity in reference to a devise of real estate, except that it required the will to be *in writing*. [To remedy which, the *Statute of Frauds and Perjuries*, (29

Car. II. c. 3,) directed that all devises of lands and tenements should not only be in writing, but signed by the testator, or by some other person for him in his presence and by his express direction; and should also be subscribed, in his presence, by three credible witnesses. And a solemnity nearly similar was made requisite for *revoking* a divise by writing; though the same might be also revoked by the burning, cancelling, tearing, or obliterating thereof by the devisor, or in his presence, and with his consent, if done *animo revocandi*: as it might also be, impliedly, by any new modification of the interest of the divisor, in the estate devised; or by such a great and entire alteration in circumstances as arose from marriage and the birth of a child, or, in case of a woman, by marriage only.] In the construction of the above enactment of the Statute of Frauds, it was settled that the testator's name, written with his own hand at the beginning of his will, as "I John Mills do make this my last will and testament," was a sufficient signing, if intended as such by the testator. It was also adjudged that though the witnesses must all see the testator sign, or at least acknowledge the signing, yet they might see him do so at different times; though they must all subscribe their names *in his presence*, lest by any possibility they should mistake the instrument. And the judges were extremely strict in regard to the credibility, or rather the competency, of the witnesses; for they determined not to allow any legatee, nor, by consequence, a creditor by simple contract, where the legacies and debts were charged on the real estate, to be a competent witness to the devise, as being too deeply concerned in interest not to wish the establishment of the will. For, if it were established, he gained a security for his legacy (or debt) from the real estate; whereas otherwise, as the law then stood, he had no claim but on the personal assets. [This determination, however, alarmed many purchasers and creditors, and threatened to shake most of the titles in the kingdom, that depended on devises by will. For if the will was attested by a servant to

whom wages were due, by the apothecary or attorney whose very attendance made them creditors, or by the minister of the parish who had any demand for tithes or ecclesiastical dues (and these are the persons most likely to be present in the testator's last illness), and if, in such case, the testator had charged his real estate with the payment of his debts,—every disposition in the will, so far as it related to real property, would be utterly void. This occasioned the statute 25 Geo. II. c. 6, which restored both the competency and the credit of such legatees, by declaring void all legacies given to witnesses, and thereby removing all possibility of their interest affecting their testimony. The same statute likewise established the competency of creditors, by directing the testimony of all such creditors to be admitted,—leaving their credit, (like that of all other witnesses,) to be considered on a view of all the circumstances, by the court and jury before whom such will should be contested.]

Such is still the law as to the execution and attestation required for wills made before 1st January, 1838 ; but the provisions previously in force are, by 7 Will. IV. & 1 Vict. c. 26, repealed as to all wills made *on or after* that date ; and it is now enacted, that no will (whether operating on real or on personal estate, or on both) shall be valid, unless it be in writing, and signed at the foot or end thereof, by the testator, or some other person, in his presence, and by his direction ; such signature being also made or acknowledged by him, in the presence of *two* or more witnesses present at the same time, and such witnesses attesting and subscribing the will in his presence. Where these requisites, however, are complied with, no other is now imposed by law ; and the statute expressly enacts that no *publication* other than is implied in the execution so attested, shall in future be necessary.

The former provisions with respect to the competency of witnesses having an interest, are also repealed as to wills taking effect under the new law ; and the new enactments on this subject are, first, that the incompetency of any attesting

witness shall not invalidate the will ; secondly, that any beneficial gift or appointment by the will to an attesting witness, or to the husband or wife of an attesting witness, (except a charge for payment of debts,) shall be void, and the evidence of the witness admissible ; thirdly, that where land is charged by the will with payment of debts, and the creditor (or husband or wife of the creditor) is an attesting witness, such witness shall nevertheless be competent; fourthly, that no person shall be incompetent as a witness, on account of his being an executor of the will. These enactments, however, are now of the less importance, as by the later statutes of 6 & 7 Vict. c. 85, and 14 & 15 Vict. c. 99, the objection to a witness on the ground of *interest*, (which once applied generally in our law, and not merely in the instance of wills,) is in all cases taken away.

---

* *Parsons on wills, p.* 23. AS TO THE PUBLICATION OF A WILL.—Every will executed according to the provisions of the 1 Vic., c. 26, is valid without any further publication thereof; and if any person who shall attest the execution of a will, shall, at the time of the execution thereof, or any time afterwards, be incompetent to be admitted a witness to prove the execution thereof, the will will not be invalid on that account.

And any person attesting the execution of a will, to whom or to whose wife or husband any beneficial devise, legacy, estate, interest, gift or appointment (except directions for payment of debts) shall be given or made, such devise, legacy, estate, gif or appointment, is, so far as concerns such persons attesting the execution, or the wife or husband of such person, or any person claiming under such person, or wife, or husband, utterly void, and the person so attesting is to be admitted as a witness to prove the execution of the will or the validity thereof, notwithstanding such devise, gift, or appointment.

[ARTICLE 853.]

Thus the attesting witness to a will is deprived of taking any legacy or beneficial interest under the will—it must be a strictly beneficial interest that he takes under the will to come within the meaning of the above section; and it has been held that the universal legatee in trust was not barred from taking administration with the will annexed, since the interest he took was merely of an equitable nature.

It thus appears that any person of sound mind may be a good witness to a will; and a will, once duly executed and attested in compliance with the statute, will not be invalid in consequence of anything subsequently done in error and by mistake.

A creditor is specially mentioned to be a good witness, and it has been held that a felon is not precluded.

Executors of a will are also admissible to prove the execution thereof on a suit instituted as to its validity.

---

* 1 *Jarman, On Wills, p.* 65 *et suiv.* } The statute of 34 Hen. 8, c. 5, expressly excepted out of its enabling clause devises to bodies politic and corporate; and, accordingly, it was held, that a devise to a corporation, whether aggregate or sole, either for its own benefit or as trustee, was void; and the lands so devised descended to the heir, either beneficially or charged with the trust, as the case might be. The statute 1 Vict. c. 26, contains no such prohibition, the legislature having contented itself with regulating and defining the powers and capacities of testators, without in any manner interfering with, or attempting to define, the capacities of persons to take under testamentary dispositions, which it has left to be ascertained and determined by the application of the general principles of law. [Now, according to those principles, corporations have capacity to take lands, though, without a sufficient licence in that behalf, they cannot retain them. Their incapacity to *take* land by devise was a consequence of the exception in the statute of Henry;

and since the act 1 Vict. c. 26, has repealed that statute without reviving the prohibition, they are now as capable of taking by devise as natural persons. But, as in cases of acquisition by other means, a proper licence is needed to enable them to hold.] The disability of corporations to *hold* real property was created by various statutes before 34 Hen. 8, which appear to have been founded on the principle, that, by allowing lands to become vested in objects endued with perpetuity of duration, the lords were deprived of escheats, and other feudal profits. Hence, the necessity of obtaining the king's licence, he being the ultimate lord of every fee in the kingdom; but this licence only remitted his own rights, and did not prevent the right of forfeiture accruing to intermediate lords. Doubts having arisen, however, at the Revolution, how far such licence was valid, as being an exercise of the dispensing power formerly claimed by the crown (but which, it is pretty evident, it was not, but merely a waiver of its own right of forfeiture), the statute 7 and 8 Will. 3, c. 37, was passed, which provides that the crown for the future, at its own discretion, may grant licences to alien or take in mortmain, of whomsoever the tenements shall be holden. At this day, therefore, the licence from the crown protects against forfeiture to any intermediate lord.

But where [before 1 Vict. c. 26] real estate was devised upon trust to a corporation not empowered to take lands [by devise, although] the devise was, of course, void at law [under the statute of Henry, yet] the estate descended to the heir *charged with the trust* (supposing that it was not illegal, under stat. 9 Geo. 2, c. 36, as being in favour of charity), in the same manner as where a devise to a trustee fails by the death of the devisee in trust in the testator's lifetime. [And since the stat. 1 Vict. c. 26, the trust would equally be upheld; the only difference being that the corporation trustee is now capable (unless incapacitated by the stat. 9 Geo. 2) of taking by devise, though not, without licence, of holding.]

It should be observed, however, that devises to some cor-

porations are authorized by act of parliament. For instance, the stat. 43 Geo. 3, c. 107, enables persons to devise lands to the Governors of Queen Anne's Bounty; and the stat. 43 Geo. 3, c. 108, authorizes, under certain limitations, the devise to any persons or bodies politic or corporate of land not exceeding five acres, for the erection, repair, purchase, or providing of churches or chapels, where the Liturgy of the United Church of England and Ireland shall be used, or of the mansion-house for the residence of the minister, or of any out-buildings, offices, churchyard, or glebe, for the same respectively. And similar enactments have been made in favour of many other charity corporations. And although generally devises for charitable uses are forbidden by the act of 9 Geo. 2, c. 36, yet the 4th section of that statute, which excepts out of its operation gifts to the Colleges in the two English Universities, and the Colleges of Eton, Winchester, and Westminster, [leaves devises to those corporations to be dealt with by the general law as settled by the stat. 1 Vict.]

P. 70.—Another disqualification, which the policy of the law, in its wholesome anxiety to remove temptations to perjury, has created, arises from the fact of the devisee or legatee being made an attesting witness of the will. It is obvious that nothing could be more dangerous than to allow a will to he supported by the testimony of persons who are beneficially interested in its contents. When, therefore, the Statute of Frauds required to the validity of a devise of land, that it should be attested by *credible* witnesses, persons having a beneficial interest under the will were held not to sustain this character; and, accordinghl, a will of freehold estate attested by such persons was invalid; and that, too not only as to the part which created the interest of the attesting witness, but in regard to the whole. In applying this principle it was long a question, whether the witness could be rendered competent by destroying his interest by means of a release or payment before his examinaiton; in other words, whether the credibility of the witnesses was to exist at the

period of the attesting act, or of the judicial inquiry into its sufficiency. Against the latter hypothesis Lord *Camden*, in *Doe* d. *Hindson*, v. *Hersey*, made an able and energetic protest. " A will, " he said, " is often executed suddenly in a last sickness, and sometimes in the article of death, and a great question to be asked in such cases, is, whether the testator were in his senses when he made the will, *and, consequently, the time of the execution is the critical moment which required guard and protection.* What is the employment of the witnesses ? — it is to attest, and to judge of the testator's sanity when they attest; and if he is not capable, they ought to refuse to attest. In some cases the witnesses are passive; here they are active, and, in truth, the principal parties to the transaction; the testator is intrusted to their care. " [The majority of the Court were, however, against Lord *Camden's* opinion.

The doctrine contended for by this distinguished Judge seems eventually to have prevailed, and is evidently more reasonable than the alternative rule, which would have led to this absurd and mischievous consequence, that a will might have been invalidated by the *subsequent* conduct of a witness affecting his credibility of character, and occurring, it might be, after the death of the testator, when there was no possibility of repairing this disaster to the will.

It was soon found that the holding a will of freeholds to be invalid on account of the existence of an interest, however remote or minute, in any one of the attesting witnesses, was productive of much inconvenience; and it being apparent that to render the witness competent, by depriving him of the benefit which affected his desinterestedness, was far better than to sacrifice the entire will, the statute 25 *Geo.* 2, *c.* 6, was passed, which, after reciting the 29 Car. 2, c. 3, s. 5, provided, that if any person should attest the execution of any will or codicil, to whom any beneficial devise, legacy, estate, interest, gift or appointment of or affecting any real or personal estate, other than an except charges on lands, tenements, or hereditaments, for payment of any debt or

debts, should be thereby given, or made, such devise, &c., should, so far only as concerned such person attesting the execution of such will or codicil, or any person claiming under him, be utterly null and void ; and such person should be admitted as a witness to the execution of such will or codicil within the intent of the said act, notwithstanding such devise, &c.; but it was enacted (section 2), that in case by any will or codicil any lands, tenements, or hereditaments were or should be charged with any debt or debts, and any creditor, whose debt was so charged, had attested, or should attest, the execution of such will or codicil, every such creditor, notwithstanding such charge, should be admitted as a witness to the execution of such will or codicil, within the intent of the said act. Sects. 3, 4 and 5, relate only to wills made on or before the 24th of June, 1752, and the remaining sections are not very important.

On the statute it was decided: 1st. That it extended exclusively to persons beneficially interested, and not to a devisee or executor in trust. 2ndly. That it applied only where the witness took a direct interest under the will, and not where his interest arose consequentially. Thus in *Hatfied* v. *Thorp*, where one of the three attesting witnesses to a will was the husband of a devisee in fee of a freehold estate, and would *jure uxoris* have claimed an interest in the devised lands, it was held that the devise was not within the statute, and, consequently, that the attestation was insufficient. 3rdly. That the act did not apply to wills of [copyholds or of] personal estate, for as such wills did not require an attestation at all, there was no ground for invalidating the gift to the witness; but that in regard to wills of freehold lands, the fact that the witness was not wanted to make up the statutory number (there being three others) did not render valid a gift to such supernumerary witness.

[Where a testator by will devised property to his widow, and by codicil, to which she was a witness, confirmed his will, it was held that the gift to her by the will remained

unaffected: but she was of course held not to be entitled to property purchased after the date of the will, and which would have passed to her by force of the republication, if she had not been a witness to the codicil.]

By the act 1 Vict. c. 26, the legislature has adopted the principle, and extended the operation, of the enactments in the statute 25 Geo. 2, c. 26, (which it repeals, *except as to the colonies in America*).

Sect. 14 provides, That if any person, who shall attest the execution of a will, shall at the time of the execution thereof, or at any time afterwards, be incompetent to be admitted a witness to prove the execution thereof, such will shall not on that account be invalid.

Sect. 15, That if any person shall attest the execution of any will to whom, *or to whose wife or husband*, any beneficial devise, legacy, estate, interest, gift or appointment, of or affecting any real or personal estate, (other than and except charges and directions for the payment of any debt or debts,) shall be thereby given or made, such devise, legacy, estate interest, gift or appointment, shall, so far only as concerns such person attesting the execution of such will, or the wife or husband of such person, or any person claiming under such person, or wife or husband, be utterly null and void; and such person so attesting shall be admitted as a witness to prove the execution of such will, *or to prove the validity or invalidity thereof*, notwithstanding such devise, legacy, estate, interest, gift, or appointment, mentioned in such will.

Sect. 16, That in case by any will any real or personal estate shall be charged with any debt or debts, and any creditor, or the wife or husband of any creditor, whose debt is so charged, shall attest the execution of such will, such creditor, notwithstanding such charge, shall be admitted a witness to prove the execution of such will, or to prove the validity or invalidity thereof.

Sect. 17, That no person shall, on account of his being an executor of a will, be incompetent to be admitted a witness

to prove the execution of such will, or a witness to prove the validity or invalidity thereof.

These enactments, it will be observed, [preclude, as to wills coming within their provisions, all questions arising under the old law as to the effect of a gift to the husband or wife of an attesting witness, and they] extend the disqualification of the witness to take beneficially to wills of every description; the act having, by assimilating the execution of wills of real and personal estate, destroyed all ground for distinguishing between them in regard to this point.

[Upon the construction of the 15th section it has been decided that a legatee under a will does not lose his legacy by attesting a codicil which confirms the will: and further, that a residuary legatee, by so doing, does not lose his share of the residue, although the codicil in fact increases that share by revoking some particular legacies. Each witness attests only the instrument to which he puts his name. Again, where a will attested by a legatee is re-published by a codicil attested by other witnesses, the gift to the legatee is made good. But where by will a legacy was bequeathed in a contingency which failed, and by a codicil attested by the legatee, the legacy was made absolute, the legatee was held disqualified to take the absolute legacy. And, following the rule regarding wills of real estate under the pre-existing law, a witness is held to be disqualified to take as legatee although he is a supernumerary. But the Court of Probate receives evidence quo animo the supernumerary signed; and it appear that he did not sign as a witness, his signature will be omitted from the probate.]

In allowing an attesting witness to be appointed executor, whether he be or be not in terms made an executor in trust, regard is evidently had to the statute of 1 Will. 4, c. 40, which, it will be remembered, precludes executors from claiming, by virtue of their office, the beneficial interest in the undisposed-of personal estate of their testator, to which, by the pre-existing law, an executor was entitled, where the

will did not afford any presumption of a contrary intention, a point which was often difficult of solution.

The great change, however, effected by the statute 1 Vict. in regard to the witnesses, is in expressly dispensing with all personal qualifications; but, on this subject (a discussion of which would be out of place here), the reader is referred to some remarks in a future chapter which treats of the execution of wills.

---

* *St. Imp.* 1752, 25 *Geo.* 2, *ch.* 6. } " Whereas by an Act made in the twenty-ninth Year of the Reign of his late Majesty King *Charles* the Second, intitled, *An Act for Prevention of Frauds and Perjuries;* it is amongst other Things enacted, That from and after the twenty-fourth Day of *June* in the Year of our Lord one thousand six hundred and seventy-seven, all Devises and Bequests of any Lands or Tenements deviseable, either by Force of the Statute of Wills, or by that Statute, or by Force of the Custom of *Kent*, or the Custom of any Borough, or any other particular Custom, shall be in Writing, and signed by the Party so devising the same, or by some other Person in his Presence, and by his express Direction; and shall be attested and subscribed in the Presence of the said Devisor, by three or four credible Witnesses, or else they shall be utterly void and of none Effect, which hath been found to be a wise and good Provision: But whereas Doubts have arisen who are to be deemed legal Witnesses within the Intent of the said Act;" Therefore, for avoiding the same, Be it enacted by the King's most Excellent Majesty, by and with the Advice and Consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the Authority of the same, That if any Person shall attest the Execution of any Wills or Codicil which shall be made after the twenty-fourth Day of *June* in the Year of our Lord one thousand seven hundred and fifty-two, to whom any beneficial Devise, Le-

gacy, Estate, Interest, Gift or Appointment of or affecting any Real or Personal Estate, other than and except Charges on Lands, Tenements or Hereditaments for Payment of any Debt or Debts, shall be thereby given or made, such Devise, Legacy, Estate, Interest, Gift or Appointment, shall, so far only as concerns such Person attesting the Execution of such Will or Codicil, or any Person claiming under him, be utterly null and void; and such Person shall be admitted as a Witness to the Execution of such Will or Codicil, within the Intent of the said Act; notwithstanding such Devise, Legacy, Estate, Interest, Gift or Appointment mentioned in such Will or Codicil.

II. And be it further enacted by the Authority aforesaid, That in case, by any Will or Codicil already made or hereafter to be made, any Lands, Tenements or Hereditaments are or shall be charged with any Debt or Debts; and any Creditor whose Debt is so charged, hath attested or shall attest the Execution of such Will or Codicil, every such Creditor, notwithstanding such Charge, shall be admitted as a Witness to the Execution of such Will or Codicil, within the Intent of the said Act.

III. And be it further enacted by the Authority aforesaid, That if any Person hath attested the Execution of any Will or Codicil already made, or shall attest the Execution of any Will or Codicil which shall be made on or before the said twenty-fourth Day of *June* in the Year of our Lord one thousand seven hundred and fifty-two, to whom any Legacy or Bequest is or shall be thereby given, whether charged upon Lands, Tenements or Hereditaments or not; and such Person, before he shall give his Testimony concerning the Execution of any such Will or Codicil, shall have been paid, or have accepted or released, or shall have refused to accept such Legacy or Bequest, upon Tender made thereof; such Person shall be admitted as a Witness to the Execution of such Will or Codicil, within the Intent of the said Act, notwithstanding such Legacy or Bequest.

IV. Provided always, and be it further enacted, That in case of such Tender and Refusal as aforesaid, such Person shall in no wise be entitled to such Legacy or Bequest, but shall be for ever afterwards barred therefrom ; and in case of such Acceptance as aforesaid, such Person shall retain to his own Use the Legacy or Bequest which shall have been so paid, satisfied or accepted, notwithstanding such Will or Codicil shall afterwards be adjudged or determined to be void for want of due Execution, or for any other Cause or Defect whatsoever.

V. And be it further enacted, That in case any such Legatee as aforesaid, who hath attested the Execution of any Will or Codicil already made, or shall attest the Execution of any Will or Codicil which shall be made on or before the said twenty-fourth Day of *June* in the Year of our Lord one thousand seven hundred and fifty-two, shall have died in the Life-time of the Testator, or before he shall have received or released the Legacy or Bequest so given to him as aforesaid, and before he shall have refused to receive such Legacy or Bequest, on Tender made thereof, such Legatee shall be deemed a legal Witness to the Execution of such Will or Codicil, within the Intent of the said Act, notwithstanding such Legacy or Bequest.

VI. Provided always, That the Credit of every such Witness so attesting the Execution of any Will or Codicil, in any of the Cases in this Act before-mentioned, and all Circumstances relating thereto, shall be subject to the Consideration and Determination of the Court, and the Jury, before whom any such Witness shall be examined, or his Testimony or Attestation made use of ; or of the Court of Equity, in which the Testimony or Attestation of any such Witness shall be made use of ; in like Manner, to all Intents and Purposes, as the Credit of Witnesses in all other Cases ought to be considered of and determined.

VII. And be it further enacted by the Authority aforesaid, That no Person to whom any beneficial Estate, Interest, Gift

or Appointmen shall be given or made, which is hereby enacted to be null and void as aforesaid, or who shall have refused to receive any such Legacy or Bequest, on Tender made as aforesaid, and who shall have been examined as a Witness concerning the Execution of such Will or Codicil, shall, after he shall have been so examined, demand or take Possession of or receive any Profits or Benefit of or from any such Estate, Interest, Gift or Appointment so given or made to him, in or by any such Will or Codicil ; or demand, receive or accept from any Person or Persons whatsoever, any such Legacy or Bequest, or any Satisfaction or Compensation for the same, in any Manner or under any Colour or Pretence whatsoever.

VIII. Provided always, and be it enacted by the Authority aforesaid, That this Act or any Thing herein contained shall not extend or be construed to extend to the Case of any Heir at Law, or of any Devisee in a prior Will or Codicil of the same Testator, executed and attested according to the said recited Act, or any Person claiming under them respectively, who has been in quiet Possession for the Space of two Years next preceding the sixth Day of *May* in the Year of our Lord one thousand seven hundred and fifty-one, as to such Lands, Tenements and Hereditaments, whereof he has been in quiet Possession as aforesaid ; and also that this Act or any Thing herein contained, shall not extend or be construed to extend, to any Will or Codicil, the Validity or due Execution whereof hath been contested in any Suit in Law or Equity commenced by the Heir of such Devisor, or the Devisee in any such prior Will or Codicil, for recovering the Lands, Tenements or Hereditaments mentioned to be devised in any Will or Codicil so contested, or any Part thereof, or for obtaining any other Judgment or Decree relative thereto, on or before the said sixth Day of *May* in the Year of our Lord one thousand seven hundred and fifty-one, and which has been already determined in favour of such Heir at Law, or Devisee in such prior Will or Codicil, or any Person claiming under them

respectively, or which is still depending, and has been prosecuted with due Diligence; but the Validity of every such Will or Codicil, and the Competency of the Witnesses, thereto, shall be adjuged and determined in the same Manner, to all Intents and Purposes, as if this Act had never been made; any Thing herein before contained to the contrary thereof in any wise notwithstanding.

IX. Provided always nevertheless, and it is hereby declared, That no Possession of any Heir at Law, or Devisee in such prior Will or Codicil as aforesaid, or of any Person claiming under them respectively, which is consistent with, or may be warranted by or under any Will or Codicil attested according to the true Intent and Meaning of this Act, or where the Estate descended or might have descended to such Heir at Law, till a future or executory Devise, by virtue of any Will or Codicil attested according to this Act, should or might take Effect, shall be deemed to be a Possession within the Intent and Meaning of the Clause herein last before contained.

---

854. Dans le testament olographe et dans celui fait suivant la forme dérivée de la loi d'Angleterre, ce qui se trouve après la signature du testateur est regardé comme un nouvel acte qui doit être également écrit et signé par le testateur dans le premier cas, ou signé seulement dans le second. Dans ce dernier cas l'attestation des témoins doit être après chaque signature du testa-

854. In holograph wills, and in wills made in the form derived from the laws of England, whatever comes after the signature of the testator is looked upon as a new act, which in the former case must likewise be written and signed by the testator, or signed only in the latter. In this latter case the attestation of the witnesses must follow each signature of the testator, or come

teur ou après la dernière comme attestant en entier le testament qui précède.

Dans le testament suivant l'une ou l'autre des formes mentionnées au commencement du présent article, la mention de la date et du lieu n'est pas requise à peine de nullité. C'est aux juges et aux tribunaux à décider dans chaque cas s'il résulte de son absence quelque présomption contre le testament ou qui en rendent les dispositions particulières incertaines.

Il n'est pas nécessaire que le testament soit signé à chaque page.

after the last as witnessing the whole of the will preceding such signature.

In wills made in either of the forms mentioned in this article, date and place need not be mentioned on pain of nullity. The judges of courts must decide in each case whether their absence creates any presumption against the will or renders uncertain any of its particular provisions.

The will need not be signed upon each page.

---

*1 *Ricard, Don., 1ère part., No.* 1491. } 1491. Par Arrest du 28 juin 1678, en la 3e des Enquêtes, au rapport de M. Portail, qui se trouve dans le Journal du Palais, un testament holographe par une simple missive, a été confirmé, encore que la testatrice eût marqué qu'elle avait dessein de faire un testament, mais que son intention était en cas qu'elle fut prévenue, que le légataire se mît en possession de telles choses. Il n'y avait point aussi de désignation du lieu où la lettre était écrite ; mais cette omission n'était pas considérable à l'égard d'un testament holographe, sinon lorsque le testament est déposé chez un Notaire, l'on doit marquer le lieu et la date, autrement la date n'est pas nécessaire dans un testament holographe, sinon lorsqu'il s'agit de détruire un fait qui

pourrait annuller le testament, comme s'il avait été fait proche de la minorité. Les fidéicommis pouvaient être laissés par une simple lettre, suivant la Loy 22 *Cod. de fideicom.* Auguste approuva aussi un fidéicommis fait par Lentulus dans une lettre qu'il luy écrivit, *instit. de Codic.* Comme nos testaments ne sont que des codicilles, ils peuvent à peu près être faits de la même manière ; mais il ne suffit pas que l'on ait donné, par lettre, des marques de son affection et de ses intentions, il faut qu'il paraisse que l'on a voulu tester *præsenti actu.*

---

* *St. Imp.* 7 *Guill. IV et* 1 *Vict.*, *ch.* 26, *s.* 9. } And be it further enacted, that no will shall be valid unless it shall be in writing and executed in manner hereinafter mentioned ; (that is to say) it shall be signed at the foot or end thereof by the testator, or by some other person in his presence and by his direction ; and such signature shall be made or acknowledged by the testator in the presence of two or more witnesses present at the same time, and such witnesses shall attest and shall subscribe the will in the presence of the testator, but no form of attestation shall be necessary.

Voy. autorités sur art. 850.

---

* *St. Imp.* 15-16 *Vic.*, *ch.* 24 *s.* 1. } I. Whereas by an Act passed in the First Year of the Reign of Her Majesty Queen *Victoria*, intituled *An Act for the Amendment of the Laws with respect to Wills*, it is enacted, that no Will shall be valid unless it shall be signed at the Foot or End thereof by the Testator, or by some other Person in his Presence, and by his Direction : Every Will shall, so far only as regards the Position of the Signature of the Testator, or of the Person signing for him as aforesaid, be deemed to be valid within

the said Enactment, as explained by this Act, if the Signature shall be so placed at or after, or following, or under, or beside, or opposite to the End of the Will, that it shall be apparent on the Face of the Will that the Testator intended to give Effect by such his Signature to the Writing signed as his Will, and that no such Will shall be affected by the Circumstance that the Signature shall not follow or be immediately after the Foot or End of the Will, or by the Circumstance that a blank Space shall intervene between the concluding Word of the Will and the Signature, or by the Circumstance that the Signature shall be placed among the Words of the Testimonium Clause or of the Clause of Attestation, or shall follow or be after or under the Clause of Attestation, either with or without a blank Space intervening, or shall follow or be after, or under, or beside the Names or One of the Names of the subscribing Witnesses, or by the Circumstance that the Signature shall be on a Side or Page or other Portion of the Paper or Papers containing the Will whereon no Clause or Paragraph or disposing Part of the Will shall be written above the Signature, or by the Circumstance that there shall appear to be sufficient Space on or at the Bottom of the preceding Side or Page or other Portion of the same Paper on which the Will is written to contain the Signature ; and the Enumeration of the above Circumstances shall not restrict the Generality of the above Enactment; but no Signature under the said Act or this Act shall be operative to give Effect to any Disposition or Direction which is underneath or which follows it, nor shall it give Effect to any Disposition or Direction inserted after the Signature shall be made.

---

* *Parsons, on wills, p.* 19 *à* 23, *et p.* 50 *et s.*

HOW WILLS REQUIRE TO BE EXECUTED AND ATTESTED.—All wills (with the exception of soldiers in actual service and seamen at sea) must be in writing, and signed at the foot or end thereof by

the testator or some other person in his presence and by this direction; and such signature must be made or acknowledged by the testator in the presence of two or more witnesses present at the same time, and such witnesses must attest and subscribe the will in the presence of the testator; but no form of attestation is necessary.

The statute does not say that the name of the *testator* shall appear at the foot of the will, and therefore, where a will was executed by the mark of the deceased, although her name did not appear on the face of the instrument it was determined that this was sufficient, there being affidavits to account for the will having been signed in that manner.

And where the testator signed his name immediately below the attestation clause, which was written close to the end of the will, it was determined to have been duly signed at the foot or end thereof; but it having been found that in construing the words " foot or end " thereof strictly, many hardship were likely to arise by the defective execution of wills, it was deemed advisable to introduce the 15 and 16 Vic., c. 24, whereby after reciting the 9th section of the Wills Act, that no will shall be valid unless it shall be signed at the foot or end thereof by the testator, or by some other person in his presence, and by his direction; enacts that every will shall, so far only as regards the position of the signature of the testator, or of the person signing for him, as aforesaid, be deemed to be valid within the said enactment, as explained by this act, if the signature shall be so placed at, or after, or following, or under, or beside, or opposite to the end of the will, that it shall be apparent on the face of the will that the testator intended to give effect by such his signature to the writing signed as his will, and that no such will shall be affected by the circumstance that the signature shall not follow or be immediately after the foot or end of the will, or by the circumstance that a blank space shall intervene between the concluding word of the will and the signature, or by the circumstance that the signature shall be placed

among the words of the testimonium clause, or of the clause of attestation, or shall follow, or be after or under the clause of attestation, either with or without a blank space intervening, or shall follow, or be after or under, or beside the names, or one of the names of the subscribing witnesses, or by the circumstance that the signature shall be on a side or page, or other portion of the paper or papers containing the will, whereon no clause, or paragraph, or disposing part of the will shall be written above the signature, or by the circumstance that there shall appear to be sufficient space on or at the bottom of the preceding side or page, or other portion of the same paper on which the will is written, to contain the signature; and the enumeration of the above circumstances shall not restrict the generality of the above enactment; but no signature under the said act, or this act, shall be operative to give effect to any disposition or direction which is underneath or which follows it, nor shall it give effect to any disposition or direction inserted after the signature shall be made.

The provisions of this act shall extend and be applied to every will already made, where administration or probate has not already been granted or ordered by a court of competent jurisdiction, in consequence of the defective execution of such will, or where the property, not being within the jurisdiction of the Ecclesiastical Courts, has not been possessed or enjoyed by some person or persons claiming to be entitled thereto in consequence of the defective execution of such will, or the right thereto shall not have been decided to be in some other person or persons than the persons claiming under the will, by a court of competent jurisdiction, in consequence of the defective execution of such will.

The first case decided under the provisions of the above was in the goods of Mary Brown, 16 Jur., 602—in which the deceased left a will in her own handwriting, dated May, 1850, and written on six pages of letter paper, concluding nearly at the end of the sixth page, where, as well as at the bottom of each preceding page, she had written her name, but there

not being room on the sixth page for an attestation clause, that clause was written on the top of the seventh page, and the testatrix again wrote her name there—the signature on the sixth side was made before the execution, but that on the seventh side was the only one made in the presence of or seen by the attesting and subscribing witnesses—motion for probate was rejected on 4th Dec., 1851—it was, however, determined to come within the meaning of the 15 and 16 Vic., c. 24, and probate was accordingly decreed.

The signature to a will must be made or acknowledged by the testator in the presence of two or more witnesses present at the same time, and such witnesses shall attest and subscribe the will in the presence of the testator.

There are cases which show that an acknowledgment of the signature has been considered as a sufficient attestation under peculiar circumstances—thus it has been held sufficient where a will was signed in the presence of one witness only, but the signature afterwards acknowledged in the presence of three attesting witnesses.

The acknowledgment may be expressed in any words which will adequately convey the idea; if the signature be proved to be then existent, no particular form of expression is required either by the word "acknowledge" or by the exigency of the act to be done. It would be quite sufficient to say "That is my Will"—the signature being there and seen at the time—for such words do impart an owing thereof; indeed it may be done by any other words which naturally include within their true meaning, acknowledgment and approbation.

The Court, in construing whether the acknowledgment of the signature is sufficient, is governed in a great measure by the conduct of the deceased and the circumstances of the case —for where the court is satisfied, from the conduct of the deceased and the circumstances of the case that the signature was written previous to the witnesses signing their names, the deceased having read aloud the words "This is

the last Will and Testament of me, C. B.," and having himself produced the will and told the witnesses that it was all in his own hand-writing, the whole transaction being in the most open manner the will was pronounced for, and the party opposing it not allowed costs.

So the statute does not require the testator to sign the will, it requires it to be signed by the testator or by some other person in his presence and by his direction; and where some other person signs a will for a testator, the signature should be preceded by the words "Signed on behalf of the testator, in his presence and by his direction;" and such signature being made by one of the attesting witnesses, by the direction of the testator and in his presence and that of the other attesting witness, was determined valid and not repugnant to anything contained in the 1 Vic., c. 26.

INTERPRETATION OF THE WORDS FOOT OR END THEREOF.—The words at "the foot or end thereof" are to be construed strictly and previously to the Wills Amendment Act—where the will terminated within an inch of the bottom of the third page, but the signature was on the fourth page, it was determined that the will was invalid, although the testatrix, at the time of the execution, explained to the witnesses why she so signed—but it was held to be a good execution where the attestation clause was written close to the end of the will and across the paper, and the testatrix signed her name on the same side but at some distance below the attestation clause—but where the deceased was blind, and had signed her name some distance down the third side of a sheet of paper, the will itself being written on the first two sides, the court considered it under the circumstances, a compliance with the words signing at the foot or end.

The witnesses must actually subscribe their names as witnesses to the will, and also actually subscribe their names on the re-execution thereof, for the mere tracing the name over with a dry pen is not a subscribing within the act, but is a mere acknowledgment by the witness, and an insufficient

attestation; but where a will made after the 7 Wm. IV, and 1 Vic., c. 26, came into operation, was attested by one witness in his own hand-writing, and he also held and guided the hand of the second witness who could not write or read; and in this way the second witness' name was written as attesting witness—the testator having desired the two to attest it, was held a sufficient attestation.

The witness must subscribe their names in the presence of the testator and in each other's presence, and by the direction of the testator: which direction, it is presumed, may be considered complied with if the will is strictly otherwise executed according to the statute, although the testator does not expressly desire the witnesses to attest his will if that intention can be collected from his conduct, and they do attest accordingly. It is advisable, however, in all cases, for the testator to expressly request the witnesses to subscribe their names as witnesses.

The paper writing purporting to be the will of a person, must be duly executed as the will of such person—thus where verbal instructions for a will were obtained from F. T., who was dying, by the personal suggestion and importunity of M. T., who directly afterwards wrote out the will and procured its execution, F. T. never spoke after the execution, but the evidence proved a certain degree of capacity at the time of execution. M. T. and her near relatives took a large benefit under the will, and it was attested in the same room in which the deceased was. M. T. deposed that the deceased could see the witnesses sign their names, the witnesses deposed that she could not. It was held that the paper for which instructions had been obtained was not entitled to probate, and that the balance of evidence showed that it was not duly executed as a will.

Although no form of attestation is necessary, it is always advisable to insert a proper clause embodying such words as show that the will was executed by the testator in the presence of the persons who subscribed their names as witnesses,

and that such persons were present at the same time, and that they subscribed their names as witnesses at the request of the testator and in his presence.

And where there is not a full attestation clause, the court requires an affidavit from both of the attesting witnesses, to the effect that the requisites of the statute have been complied with.

The attesting witnesses must both be present, as well as the testator, when they subscribe; and where a will signed in the presence of one witness, who thereupon subscribed his name as such, but some hours afterwards another witness was introduced, when the testator, in the presence of both witnesses acknowledged his signature, and the second witness signed his name, and the first witness acknowledged his signature previously made, it was not deemed to be a due execution with the 9 sec. of 1 Vic., c. 26.

Where the attesting witness are required and cannot be found, the court will grant a probate where it is shown that means have been taken to find them, as by advertisement or otherwise; thus a will, signed by the deceased with merely the words "signed in my presence," under which were the names of two witnesses, was admitted to probate without an affidavit as to the due execution; neither of the witnesses being to be found, although means had been taken to discover them by advertisement.

A will will be pronounced for where the attesting witnesses differ as to whether the testator sign in their presence, where it can be gathered from their evidence that the testator acknowledged his signature in their joint presence.

P. 50.—Any alteration made in a will after it has been executed, to be of any effect, must be made strictly in accordance with the provisions of the 1 Vic., c. 26, whether such alteration is merely an obliteration, or addition, or otherwise—for no alteration, interlineation, or other alteration made in any will after the execution thereof will be valid, or have any effect, except so far as the words or effect of the will, before

such alteration shall not be apparent, unless such alteration shall be executed in like manner as is required for the execution of the will; but the will, with such alteration as part thereof, will be deemed to be duly executed if the signature of the testator and the subscription of the witnesses be made in the margin, or on some part of the will, opposite or near to such alteration, or at the foot or end of or opposite to a memorandum referring to such alteration, and written at the end or on some other part of the will; and it has been before observed that the term will, when referred to by a codicil, does not include unattested additions in a will.

In practice, when any interlineation is made in any will before execution, it is proper to make reference thereto in the attestation clause, showing that such interlineation was made before the will was executed, and by so doing the addition or interlineation becomes attested as being a portion of the will

Notwithstanding the leaning the courts have to construe against intestacies, it has been held that prior wills of real estate are revoked by a subsequent will, although the latter contains no express clause or revocation, and the result of the decision caused a partial intestacy.

A. having, under a settlement, a general power of appointment either by deed or will, appointed by several successive deeds, in each deed revoking former appointments and reserving powers of revocation and new appointment by deed only—by a deed poll she afterwards revoked the last deed of appointment; by her will she made a devise, purporting to be in exercise of her original power of appointment; it was held that, after the execution of the first deed of appointment, the original power was gone, and therefore the will of A. was inoperative.

---

* 1 *Jarman*, *p.* 18. — If a testator makes separate wills of separate parts of his property, they need not all be proved together, unless one incorporates another, as by expressly confirming it.

[ARTICLE 855.]

A will may be written in pencil. But where a printed form was filled up partly in ink and partly in pencil, and the writing in ink made sense with the form without help from the writing in pencil, part of which was written over by the ink, the ink writing alone was held to be the will. A will is not invalid by reason of blank spaces having been left in it.

The law has not made requisite, to the validity of a will, that it should assume any particular form, or be couched in language technically appropriate to its testamentary character. It is sufficient that the instrument, however irregular in form or inartificial in expression, discloses the intention of the maker respecting the posthumous destination of his property; and, if this appear to be the nature of its contents, any contrary title or designation which he may have given to it will be disregarded.

---

855. Les formalités auxquelles les testaments sont assujettis par les dispositions de la présente section doivent être observées à peine de nullité, à moins d'une exception à ce sujet.

Néanmoins le testament fait apparemment sous une forme et nul comme tel à cause de l'inobservation de quelque formalité, peut être valide comme fait sous une autre forme, s'il contient tout ce qu'exige cette dernière.

855. The formalities to which wills are subjected by the provisions of the present section must be observed on pain of nullity, unless there is some particular exception on the subject.

Nevertheless wills purporting to be made in one form, which are void as such in consequence of the inobservance of some formality, may be valid as made in another form, if they contain all the requisites of the latter.

[ARTICLE 855.]

* 1 *Ricard*, 1*e part.*, *No.* 1617. } 1617. Il est vray que cette Jurisprudence n'étant fondée que sur les conjectures de la volonté du testateur, qui n'est pas présumé avoir eu intention de disposer en une autre forme que celle qu'il a choisie, lorsqu'il a déclaré le contraire, et qu'il entendait que son testament valût en la meilleure forme que faire se pourrait, il doit avoir effet, pourvû qu'il soit accompagné des formes de l'une des espèces de testamens, reçues par la Loy ou par la Coutume du pays ; et même un testament peut valoir comme Codicille, pourvû qu'il paraisse que ce soit la volonté du testateur, *l. cum pater* 77 § *filius matrem. D. de legat.* 2, ce que nous avons cy-dessus plus particulièrement établi en la section 3, où nous avons parlé de la clause codicillaire.

---

* 7 *Décis. des Trib. B. C.*, *Lambert vs. Gauvreau*, *p.* 277. } Un testament reçu par un notaire en présence de deux témoins ne peut valoir comme testament solennel, si l'un des témoins n'avait pas l'âge de vingt ans accomplis, mais peut valoir suivant les dispositions des lois d'Angleterre, suivies à cet égard dans le Bas-Canada, le notaire et les deux témoins étant considérés dans ce cas comme suffisants, pour attester l'exécution de ce testament. Le jugement du tribunal de première instance est confirmé.

Consultez : Stuart's rep. p. 581 et *Malo et Mignault*, 2 R. Lég., p. 186 ; 3 R. Lég., p. 306 ; *Canac et Canac*, 1 Déc. de Québec, p. 50.

---

* *C. N.* 1001. } Les formalités auxquelles les divers testamens sont assujettis par les dispositions de la présente section et de la précédente, doivent être observées à peine de nullité.

SECTION III.

DE LA VÉRIFICATION ET DE LA PREUVE DES TESTAMENTS.

856. Les minutes et les copies légalement certifiées des testaments faits suivant la forme authentique font preuve de la même manière que les autres écrits authentiques.

SECTION III.

OF THE PROBATE AND PROOF OF WILLS.

856. The originals and legally certified copies of wills made in authentic form make proof in the same manner as other authentic writings.

Voy. C. C. B. C., art 1205.

---

857. Le testament olographe et celui fait suivant la forme dérivée de la loi d'Angleterre sont présentés pour vérification au tribunal ayant juridiction supérieure de première instance dans le district où le défunt avait son domicile, et, à défaut de domicile, dans celui où il est décédé, ou à l'un des juges de ce tribunal, ou au protonotaire du district. Le tribunal, le juge ou le protonotaire reçoit les déclarations par écrit et sous serment de témoins compétents à rendre témoignage, lesquelles demeu-

857. Holograph wills and those made in the form derived from the laws of England, must be presented for probate to the court exercising superior original jurisdiction in the district in which the deceased had his domicile, or, if he had none, in the district in which he died, or to one of the judges of such court, or to the prothonotary of the district. The court, or judge, or the prothonotary, receives the depositions in writing and under oath of witnesses competent to give evidence, and these

rent annexées à l'original du testament, ainsi que le jugement, s'il a été rendu hors de cour, ou une copie certifiée, s'il a été rendu par le tribunal. Il peut ensuite être délivré aux intéressés des copies certifiées du testament, de la preuve et du jugement, lesquelles sont authentiques, et font donner effet au testament, jusqu'à ce qu'il soit infirmé sur contestation.

Si le testament se trouve déposé en original chez un notaire, le tribunal, le juge ou le protonotaire se fait remettre cet original.

depositions remain affixed to the original will, together with the judgment, if it have been rendered out of court, or a certified copy of it, if it have been rendered in court. Parties interested may then obtain certified copies of the will, the proof and the judgment, which copies are authentic and give effect to the will until it is set aside upon contestation.

If the original of the will be deposited with a notary, the court or judge, or the prothonotary, causes such original to be delivered up.

Voy. autorités sur articles 831-836 C. C. B. C.

---

* *Allnutt, Pract. of Wills, p.* 618 *et suiv.* } *Rules &c., under* 20-21 *Vict., c.* 77.— Non-contentious business shall include all common form business as defined by the act, and the warning of caveats.

1. Application for probate or letters of administration may be made at the principal registry in all cases. Application may be also made at a district registry in cases where the deceased at the time of his death had a fixed place of abode within the district in which the application is made, and not otherwise.

2. Such application may be made through a protector, solicitor, or attorney, or in person.

3. The district registrar, before he entertains any application for probate or administration, will take care to ascertain that the deceased had at the time of his death a fixed place of abode within his district.

4. In no case should the district registrar allow the probate or letters of administration to issue until all the inquiries which he may see fit to institute have been answered to his satisfaction, and this refers more particularly to applications made by a party in person. The district registrar is notwithstanding to afford as great facility for the obtaining grants of probate or administration as is consistent with a due regard to the prevention of error or fraud.

5. No district registrar shall take out probate or letters of administration for himself in his own district.

As to Probate of Wills and Codicils and Letters of Administration, with the Will [or Will and Codicils] annexed, where the Wills and Codicils or the Codicils only are dated after 31*st December*, 1837.

6. Upon receiving an application for probate or letters of administration with the will annexed, the district registrar must inspect the will, and see whether it purport to be signed by the testator or by some other person in his presence and by his direction, and subscribed by two witnesses, according to the provisions of 1 Vict. c. 26, s. 9, and 15 and 16 Vict. c. 24, and in no case must he proceed further if the will be not so signed and subscribed.

7. If the will be signed by or for the testator and subscribed by two witnesses, the district registrar must then refer to the attestation clause (if any), and consider whether from the wording thereof the will purports to have been executed in accordance with 1 Vict. c. 26, s. 9.

8. If there be no attestation clause to the will, or if the attestation clause thereto be insufficient, the district registrar

must require an affidavit from at least one of the subscribing witnesses, if either of them are living, to prove that the provisions of the act in reference to the execution of the will were in fact complied with ; and such affidavit must be engrossed and form part of the probate, so that the same may be a perfect document on the face of it.

9. If on perusing the affidavit it appear that the requirements of the statute were not complied with, the district registrar must refuse probate.

10. If on perusing the affidavit or affidavits setting forth the facts of the case, it appear doubtful whether the will has been duly executed, the district registrar must transmit a statement of the matter to the registrars of the principal registry whose duty it will then be to obtain the directions of the judge thereon.

11. If both the subscribing witnesses are dead, or if from other circumstances no affidavit can be obtained from either of them, resort must be had to other persons (if any) who may have been present at the execution of the will; but if no affidavit of any such other person can be obtained, evidence on affidavit must be procured of that fact and of the handwriting of the subscribing witnesses, and also of any circumstances which may raise a presumption in favour of the due execution of the will.

12. Having satisfied himself that the will was duly executed, the district registrar must carefully inspect the same, to see whether there are any interlineations or alterations appearing in it and requiring to be accounted for. Interlineations and alterations are invalid unless they existed in the will at the time of its execution, or if made afterwards unless they have been executed and attested in the mode required by the statute, or unless they have been rendered valid by the re-execution of the will, or by the subsequent execution of some codicil thereto.

13. Where interlineations or alterations appear in the will (unless duly executed or accounted for by the attestation

clause), an affidavit or affidavits in proof of their having existed in the will before its executioen, must be filed, except when the alterations are merely verbal or are of but small importance, and are evidenced by the initials of the attesting witnesses.

14. In like manner with regard to erasures and obliterations they are not to prevail unless proved to have existed in the will at the time of its execution, or unless the alterations thereby effected in the will are duly executed and attested, or unless they have been rendered valid by the re-execution of the will, or by the subsequent execution of some codicil thereto. If no satisfactory evidence is adduced as to the time when such erasures and obliterations were made, and the words erased or obliterated can, upon inspection of the paper, be readily ascertained, they must form part of the probate.

15. In every case of words having been erased which might have been of importance, an affidavit must be required.

16. If reasonable doubt exist in regard to any interlineation, alteration, erasure, or obliteration, the district registrar should, before proceeding to grant probate, communicate with the registrars of the principal registry as directed by the statute (sect. 50.)

17. If a will contain a reference to any deed, paper, memorandum, or other document, of such a nature as to raise a question whether it ought or ought not to form a constituent part of such will, the production of such deed, paper, memorandum, or other document should be required, with a view to ascertain whether it be entitled to probate; and if not produced, its non-production should be accounted for.

18. No deed, paper, memorandum, or other document can form part of a will or codicil unless it were in existence at the time when the will or codicil was executed.

19. If any vestiges of sealing wax or wafers or other appearances are observable, leading to the inference that any paper, memorandum or other document may have been

attached to the will, they should be satisfactorily accounted for, or the production of such paper, memorandum or other document should be required; and if not produced, its non-production should be accounted for. If doubt exists as to whether any deed, paper, memorandum, or other document be entitled to probate, the district registrar should, before proceeding to grant probate, communicate with the registrars of the principal registry, as directed by section 50 of the statute.

20. The above rules and orders respecting wills apply equally to codicils.

21. In case of probate or administration with the will of a married woman annexed, made by virtue of a power, the power or powers under which the will purports to have been made should be specified in the grant.

22. No grant of probate or administration with the will annexed, the will being *simply* an execution of a special power, should be made without communication with the registrars of the principal registry.

23. The right of parties to administration with the will annexed, and administration (with the will annexed) *de bonis non*, depends so entirely upon the circumstances of each particular case taken in connexion with the wording of the will, that no general rules other than those which have obtained a judicial sanction, can be laid down for the guidance of the district registrars. Whenever the right of the party applying is at all questionable, a statement of the case, accompanied by a copy of the will, must be transmitted to the registrars of the principal registry for the directions of the judge thereon.

As to Probate of Wills, Codicils, and Testamentary Papers relating to Personalty, and dated before the 1*st January*, 1838.

24. It is not necessary that a will, codicil, or testamentary paper made before 1st January, 1838, should be attested by witnesses to constitute it a valid disposition of a testator's

personal property. Although neither signed by the testator nor attested by witnesses, it may nevertheless be valid ; but in such cases the testator's intention that it should operate as his will, codicil, or testamentary disposition must be proved clearly by circumstances.

25. If the will, codicil or testamentary paper be signed by the testator at the end of it, and attested by two disinterested witnesses, the district registrar (although there be no clause of attestation) must consider it as *primâ facie* entitled to probate.

26. In cases where the will, codicil, or testamentary paper is attested by two witnesses, such witnesses are not required to have been present with the testator at the same time. It is sufficient if the testator subscribed his name or made his mark to it in the presence of, or produced it with his name already written, or his mark already made, to one attesting witness, and afterwards to the other attesting witness, provided that on each occasion he declared it to be his will, or otherwise notified his intention that it should operate as such.

27. If the will, codicil, or testamentary paper is signed at the end of it by the testator, but is unattested, and there is nothing to show an intention that it should be attested by witnesses, the affidavit of two disinterested persons to prove the signature to be of the handwriting of the testator will be sufficient to entitle the paper to probate.

28. If the will, codicil, or testamentary paper is signed at the end of it by the testator, and attested by one witness only, and there is nothing to show the testator's intention that it should be attested by a second witness, the affidavit of one disinterested person to prove the signature to be of the handwriting of the testator will be sufficient to entitle the paper to probate.

29. The circumstance of a person being named as an executor in the will, codicil, or testamentary paper, or being interested as a legatee or as the husband or wife of a legatee under such will, codicil, or testamentary paper, rendered him incompetent to become an attesting witness to it, so that

if the name of a person so interested appears as that of a subscribing witness to the will, codicil, or testamentary paper, the same, so far as regards his attestation, must be considered as unattested, and his evidence in support thereof will be inadmissible, unless he shall first release his interest thereunder.

30. In all cases the district registrar should carefully inspect and peruse the will or testamentary paper, with a view to ascertain that it is a complete document. If, for example, an attestation clause, or the words "witnesses," appear written at the foot of the paper, the same being unattested ; or if the paper purport on the face of it to be a draft of a will, the copy of a will, or instructions for a will, it must *primâ facie* be considered as an incomplete paper, and not, save under special circumstances, entitled to probate. Also, any appearance of an attempted cancellation of a paper by burning, tearing, obliteration, or otherwise must be accounted for.

31. Every fact leading to a presumption of abandonment or revocation of the paper on the part of the testator must be accounted for.

32. Such cases will generally, in consequence of the lapse of time, be doubtful cases, and proper to be transmitted to the registrars of the principal registry, under sect. 50 of the act.

33. Alterations and interlineations made by the testator, if unattested, are to be proved by an affidavit of two persons to his handwriting. If the same are in the handwriting of any person other than the testator, it will suffice to prove by affidavit that they were known to and approved of by the testator. Proof by affidavit that they existed in the paper at the time it was found in the repositories of the testator recently after his death may, under circumstances, suffice. Alterations and interlineations made since the 31st of December, 1837, are subject to the provisions of 1 Vict. c. 26.

34. With respect to deeds, papers, memoranda, or other documents mentioned in a testamentary paper, or appearing

to have been annexed or attached thereto, the foregoing instructions as to wills bearing date since the 31st December 1837 will apply.

35. It is to be remembered that a will made before the 1st of January 1838, is confirmed by a codicil duly executed on or after that day.

Voy. *Pothier*, *Don. Test.*, sur article 850.

---

* 6 *Brillon*, *Dict. des arrêts*, *Vo. Testament*, *No.* 176, *p.* 661. } Testament olographe fait au profit de celui qui en est porteur ; pour le reconnaître, il doit le mettre au Greffe, et ensuite demander permission de vérifier, que c'est l'écriture du défunt, et après faire assigner les héritiers du Testateur, pour voir vérifier que c'est son testament, etc., et par provision ordonner, que la somme de 30,000 livres, serait touchée à caution juratoire. Arrêt du 24 May 1661. *Journ. des Aud.* tom. 2, liv. 4, chap. 27.

Testament olographe, portant institution d'héritier en la Coutume de *Berry*, où le Notaire et trois témoins avaient souscrit sur l'enveloppe, ou couverture seulement, jugé valable, le 16 May 1665. *Ibidem*, liv. 7, chapitre 21.

Jugé par Arrêt du 14 Avril 1666, qu'un testament olographe ne peut être débattu de nullité, sous prétexte que les feuilles de papier dans lesquelles il se trouve écrit, sont détachées l'une de l'autre. *Soëfve*, tome 2, Cent. 3, chap. 78.

---

* *Robert et Dorion*, *jugement en appel*, 8 *juin* 1861. } Quoiqu'un testament olographe soit écrit avec une orthographe vicieuse et presque inintelligible, cependant il pourra être vérifié et prouvé du moment qu'il y a une possibilité absolue de le lire et de le comprendre. Cette cause n'est pas rapportée, mais le testament en question est publié dans le 3 L. C. Jurist, p. 21 (M. de Bellefeuille, sur art. 857, C. C. B. C.)

Consultez aussi *Ex parte Grant*, Stuart's Rep., p. 60 ; Mignault et Malo, 3 R. Lég., p. 606, et 16 L. C. Jur., p. 288 ; *Ex parte* Sweet, 10 L. C. Rep., p. 451, et Colville et Flanagan, 14 L. C. Rep., p. 328.

---

* *Lovelass, On Wills, p.* 222 *et s., Ed.* 1839. } 9. When a real estate is devised by will from the heir at law, and there is no occasion or opportunity to prove or establish the same at law, it is sometimes necessary to prove such will in Chancery, to perpetuate the testimony thereof : the way to do which, is to exhibit a bill against the heir at law, and to set forth the will *verbatim* therein, suggesting that the heir is inclined to dispute its validity ; and then the defendant having answered, they proceed to issue as in other cases, and examine the witnesses to the will, or prove their hands if they are dead. The will (if the witnesses are examined in town) must also be left to be examined in the examiner's office ; which done, and publication passed, the cause is at an end, an order or rule being first obtained for publication : and the defendant, who is the heir at law, and examines no witnesses touching the validity of the will, may give notice of motion for the plaintiff to pay him costs to be taxed by a master, which the Court usually orders. This is what is usually meant by proving a will in Chancery, which it might be advisable to do while the witnesses to the will are living ; for in this, as well as in other cases where a bill may be filed for perpetuating the testimony of witnesses, it may be that a man's antagonist only waits till the death of some of them to begin his suit, when he may have a more favourable opportunity.

In order to establish a will of real property in a Court of Common Law, it is sufficient to call but one of the attesting witnesses, if, by reason of all the witnesses having subscribed at the same time, he can prove all the facts necessary to its validity, viz. that the testator signed, or acknowledged his

signature, before himself and the other witnesses, and that he and the other witnesses subscribed in the presence of the testator. But if the witnesses subscribed at different times, as one can only prove his own act, they ought all be called. The same was formerly the rule of evidence with respect to proving a will of land in the Courts of Equity. But it is now settled, that on a bill in the Court of Chancery for establishing a will, or on the trial of an issue *devisavit vel non*, directed by the Court in that suit, all the witnesses to the will must be examined, or a sufficient reason given why any one is not examined. It seems, however, that this is not necessary, where the bill is filed by the heir at law to set aside the will.

If an attesting witness be dead, or upon diligent inquiry cannot be heard of, or have become insane, proof of his hand-writing is sufficient. And so likewise, where one of the witnesses is abroad, at Jamaica, for instance, or in India, a Court of Equity will admit proof of his hand-writing, and a commission to examine him will be unnecessary.

Although the fact of the subscription of the witnesses, in the presence of the testator, is omitted in the attestation, yet if the witnesses be dead, and their hands proved in common form, it is evidence to be left to a jury of a compliance with all the necessary solemnities.

Where the will is thirty years old, the proof by the witnesses, or of their hand-writing, may be dispensed with, though it appear in evidence that one of the witnesses is living. And the thirty years is to be reckoned from the date of the will, and not from the death of the testator.

If in a suit to establish a will, the heir admit the will and dies before the hearing, the derivative heir is bound, and the will need not be proved.

FIN DU SIXIÈME VOLUME.

TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE SIXIÈME VOLUME.

CONTINUATION DU LIVRE TROISIÈME.

RAPPORT DE MM. LES COMMISSAIRES SUR CE TITRE, p. 245.